



Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR)
Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)
Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU)
Swiss Centre of Expertise in Human Rights (SCHR)

Die Umsetzung menschenrechtlicher Vorgaben in den Bereichen Freiheits- entzug, Polizei und Justiz in der Schweiz

Eine Analyse der Empfehlungen menschenrechtlicher Überwachungsorgane

Studie des Schweizerischen Kompetenzzentrums für Menschenrechte
(Themenbereich Polizei und Justiz)

zuhanden des Lenkungsausschusses EDA/EJPD

verfasst von:

Prof. Dr. Jörg Künzli
lic. iur. Anja Eugster
MLaw Andreas Kind, RA
MLaw Alexander Spring, LL.M.
lic. iur. Evelyne Sturm, LL.M.

Bern, 8. März 2012

Diese Studie gibt die Meinung der Autorinnen und Autoren wieder und bindet nur das Schweizerische Kompetenzzentrum für Menschenrechte.

Inhalt

Verzeichnis mehrfach verwendeter Literatur	IV
Abkürzungsverzeichnis	V
Zusammenfassung	VII
Résumé	IX
I. EINLEITUNG	1
1. Auftrag	1
2. Aufbau	1
II. FREIHEITSENTZUG	2
1. Menschenrechte und Freiheitsentzug	2
2. Internationale Verpflichtungen und ihre normative Umsetzung in der Schweiz	3
2.1. Universelle Ebene	3
2.2. Regionale Ebene	3
2.3. Überblick über die innerstaatliche Regulierung	4
2.3.1. Auf Bundesebene	4
2.3.2. Auf kantonaler Ebene	6
2.3.3. Auf Konkordatsebene	7
3. Empfehlungen internationaler Überwachungsorgane und Situation in der Schweiz in ausgewählten Themenbereichen	8
3.1. Haftbedingungen	8
3.1.1. Empfehlungen internationaler Überwachungsorgane	8
3.1.2. Situation in der Schweiz	13
3.1.3. Handlungsbedarf	15
3.2. Medizinische Betreuung	16
3.2.1. Empfehlungen internationaler Überwachungsorgane	16
3.2.2. Situation in der Schweiz	20
3.2.3. Handlungsbedarf	22
3.3. Weitere Bereiche	22
3.3.1. Empfehlungen internationaler Überwachungsorgane	22
3.3.2. Situation in der Schweiz zu den übrigen Empfehlungen	23
4. Zur Kohärenz der Empfehlungen internationaler Überwachungsorgane	25
5. Fazit	26

III. POLIZEI	27
1. Menschenrechte und Polizei	27
2. Internationale Verpflichtungen	27
2.1. Universelle Ebene	27
2.2. Regionale Ebene	28
3. Überblick über die innerstaatliche Regulierung	28
3.1. Auf Bundesebene	28
3.2. Auf kantonaler Ebene	29
4. Empfehlungen internationaler Überwachungsorgane und Situation in der Schweiz in ausgewählten Themenbereichen	29
4.1. Zwangsanwendung allgemein	29
4.1.1. Empfehlungen internationaler Überwachungsorgane	29
4.1.2. Situation in der Schweiz	30
4.2. Insbesondere im Kontext von Zwangsrückführungen	31
4.2.1. Empfehlungen internationaler Überwachungsorgane	31
4.2.2. Situation in der Schweiz	31
4.2.3. Handlungsbedarf	33
4.3. Diskriminierendes Profiling (auch „Ethnic Profiling“)	34
4.3.1. Profiling	34
4.3.2. Profiling und das Diskriminierungsverbot	35
4.3.3. Auswirkungen	37
4.3.4. Empfehlungen internationaler Überwachungsorgane	37
4.3.5. Situation in der Schweiz	38
4.3.6. Handlungsbedarf	39
4.4. Rekrutierung zu Polizeiberufen	40
4.4.1. Empfehlungen internationaler Überwachungsorgane	40
4.4.2. Situation in der Schweiz	41
4.4.3. Handlungsbedarf	42
4.5. Rechtsschutz gegen polizeiliche Übergriffe	42
4.5.1. Prozessuale menschenrechtliche Vorgaben	42
4.5.2. Empfehlungen internationaler Überwachungsorgane	44
4.5.3. Situation in der Schweiz	47
4.5.4. Handlungsbedarf	51

5.	Zur Kohärenz der Empfehlungen internationaler Überwachungsorgane	52
6.	Fazit	54
IV.	JUSTIZ.....	55
1.	Menschenrechte und Justiz.....	55
2.	Justiziabilität (insbesondere von wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten)	55
2.1.	Direkte Anwendbarkeit und Justiziabilität	55
2.2.	Empfehlungen der Vertragsüberwachungsorgane	56
2.2.1.	Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte.....	56
2.2.2.	Ausschuss zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau	57
2.2.3.	Weitere Empfehlungen zur Justiziabilität und deren Kohärenz.....	57
2.2.4.	Zusammenfassung.....	58
2.3.	Forderungen weiterer Akteure	58
2.4.	Situation in der Schweiz	59
2.5.	Handlungsbedarf	62
3.	Verfahrens- und Justizgarantien.....	62
3.1.	Internationale Verpflichtungen und ihre normative Umsetzung in der Schweiz.....	63
3.1.1.	Universelle Ebene.....	63
3.1.2.	Regionale Ebene	64
3.1.3.	Umsetzung im schweizerischen Recht	64
3.2.	Rechtsschutzgarantien	65
3.2.1.	Empfehlung/Verurteilung.....	65
3.2.2.	Situation in der Schweiz	65
3.2.3.	Handlungsbedarf	66
3.3.	Verfahrensgarantien.....	66
3.4.	Grundsatz der Waffengleichheit/rechtliches Gehör	67
3.4.1.	Empfehlungen/Verurteilungen	67
3.4.2.	Situation in der Schweiz	68
3.4.3.	Handlungsbedarf	68
3.5.	Verfahrensgarantien bei Freiheitsentzug.....	69
3.5.1.	Recht auf Benachrichtigung der Angehörigen inhaftierter Personen.....	69
3.5.2.	Pflicht zur Orientierung über die Inhaftierten zustehenden Rechte.....	71
3.5.3.	Recht auf Verteidigung.....	72
4.	Fazit	74
	Anhang: Materialienverzeichnis.....	75

Verzeichnis mehrfach verwendeter Literatur

- ALBERTINI GIANFRANCO/ARMBRUSTER THOMAS, Art. 215 StPO, in Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans(Hrsg.), Basler-Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung / Jugendstrafprozessordnung, Basel 2010, S. 1421 ff.
- BAECHTOLD ANDREA, Inventar des kantonalen Strafvollzugsrechts, 2008 (Inventar).
- BAECHTOLD ANDREA, Strafvollzug: Straf- und Massnahmenvollzug an Erwachsenen in der Schweiz, 2. Aufl., Bern 2009 (Strafvollzug).
- BIAGGINI GIOVANNI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft – Kommentar, Zürich 2007.
- FROWEIN JOCHEN/PEUKERT WOLFGANG, EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl 2009.
- GRABENWARTER CHRISTOPH, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl., Wien 2009.
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006.
- KÄLIN WALTER/KÜNZLI JÖRG, Universeller Menschenrechtsschutz, 2. Aufl., Basel 2008.
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER, Grundrechte, Bern 2007.
- KÜNZLI JÖRG, Wirtschaftliche, soziale und kulturelle Menschenrechte und ihre Umsetzung im kantonalen Verwaltungsrecht, in: Herzog Ruth/Feller Reto (Hrsg.), Bernische Verwaltungsgerichtsbarkeit in Geschichte und Gegenwart, 100 Jahre Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Bern 2010, S. 457 ff.
- KÜNZLI JÖRG/KIND ANDREAS, Menschenrechtliche Vorgaben bei der Zwangsausstaffung ausländischer Staatsangehöriger, in: Achermann et al. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2010/2011, Bern 2011, S. 25 ff.
- MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008.
- NAGUIB TAREK, Rechtsratgeber Rassistische Diskriminierung, Fachstelle für Rassismusbekämpfung FRB des Eidgenössischen Departements des Innern (Hrsg.), Juni 2009.
- RIEDO CHRISTOF/FIOLKA GERHARD/NIGGLI MARCEL ALEXANDER, Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2011.
- RODLEY NIGEL S./POLLARD MATT, The Treatment of Prisoners under International Law, 3. Aufl., Oxford 2009.
- TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009.
- ZYL SMIT DIRK VAN/SNACKEN SONJA, Principles of European Prison Law and Policy - Penology and Human Rights, Oxford 2009.

Die ENTSCHEIDE UND URTEILE DES EUROPÄISCHEN GERICHTSHOFS FÜR MENSCHENRECHTE werden mit Name, beklagte Vertragspartei, Fallnummer/Jahr der Einreichung und in Klammern Jahr des Entscheids oder Urteils zitiert. Sie sind in der HUDOC Datenbank publiziert: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>.

Die ENTSCHEIDE DES MENSCHENRECHTSAUSSCHUSSES werden mit Name, beklagte Vertragspartei, Fallnummer/Jahr der Einreichung und in Klammern Jahr der Entscheidung zitiert. Die Entscheide sind in den Jahresberichten des Ausschusses an die Generalversammlung jeweils im Band 2 publiziert: Report of the Human Rights Committee, Volume II, UN Doc A/[Nummer der GV Session]/40 (Vol. II).

Abkürzungsverzeichnis

Art.	Artikel
Ausschuss für WSK-Rechte	Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte
BBl	Bundesblatt
BFM	Bundesamt für Migration
BG	Bundesgesetz
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
CAT	Ausschuss gegen die Folter / Committee against Torture
CEDAW	Ausschuss gegen die Diskriminierung der Frau / Committee on the Elimination of Discrimination against Women
CERD	Ausschuss gegen die Rassendiskriminierung / Committee on the Elimination of Racial Discrimination
CESCR	Ausschuss für WSK-Rechte / Committee on Economic, Social and Cultural Rights
CPT	Europäischer Ausschuss zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe / European Committee for the Prevention of Torture or Inhuman or Degrading Treatment or Punishment
CRC	Ausschuss für die Rechte des Kindes / Committee on the Rights of the Child
ECRI	Europäische Kommission gegen Rassismus und Intoleranz / European Commission against Racism and Intolerance
ECOSOC	Wirtschafts- und Sozialrat der Vereinten Nationen / Economic and Social Council
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EKM	Eidgenössische Kommission für Migrationsfragen
EKR	Eidgenössische Kommission gegen Rassismus
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention (Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom), SR 0.101
FA R+WwV	Fachausschuss Rückkehr und Wegweisungsvollzug
FDK	Übereinkommen vom 18. Dezember 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, SR 0.108
ff.	fortfolgende
Fn.	Fussnote
FoK	Übereinkommen vom 10. Dezember 1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe, SR 0.105
FRA	Agentur der Europäischen Union für Grundrechte / European Union Agency for Fundamental Rights
HRC	Menschenrechtsrat / Human Rights Council
KKJPD	Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren
KRK	Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes, SR 0.107
MRA	Menschenrechtsausschuss
NKVF	Nationale Kommission zur Verhütung von Folter

OPCAT	Fakultativprotokoll vom 18. Dezember 2002 zum Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe, SR 0.105.1
Pakt I	Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, SR 0.103.1
Pakt II	Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte, SR 0.103.2
RDK	Internationales Übereinkommen vom 21. Dezember 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung, SR 0.104
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (Strafprozessordnung), SR 312.0
Strafvollzugsgrundsätze	Europäische Strafvollzugsgrundsätze (European Prison Rules) des Europarats, Rec(2006)2
VStrR	Bundesgesetz vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht, SR 313.0
VVWA	Verordnung vom 11. August 1999 über den Vollzug der Weg- und Ausweisung von ausländischen Personen, SR 142.281
VwVG	Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz), SR 172.021
WSK-Rechte	wirtschaftliche, soziale und kulturelle (Menschen)-Rechte
ZAG	Bundesgesetz vom 20. März 2008 über die Anwendung polizeilichen Zwangs und polizeilicher Massnahmen im Zuständigkeitsbereich des Bundes (Zwanganwendungsgesetz), SR 364
ZAV	Verordnung vom 12. November 2008 über die Anwendung polizeilichen Zwangs und polizeilicher Massnahmen im Zuständigkeitsbereich des Bundes (Zwanganwendungsverordnung), SR 364.3
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung), SR 272

Zusammenfassung

Ein wesentlicher Teil der an die Schweiz gerichteten Empfehlungen internationaler Überwachungsorgane auf universeller und regionaler Ebene sowie der die Schweiz betreffenden Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte beschlagen die Themenbereiche Freiheitsentzug, Polizei und Justiz. Während viele dieser Vorbringen Einzelprobleme von unterschiedlicher, teilweise aber auch beschränkter Relevanz betreffen oder mittlerweile umgesetzt wurden, weisen in den hier relevanten Bereichen insbesondere folgende oft inhaltlich ähnliche, sich aber teilweise in ihrem Detaillierungsgrad unterscheidende, Empfehlungen verschiedener internationaler Überwachungsorgane auf bestehende grundlegendere Probleme und entsprechenden politischen und gesetzgeberischen Handlungsbedarf der Schweiz hin:

Freiheitsentzug

Verschiedene Ausführungen von Menschenrechtsausschuss und CAT fordern von der Schweiz in allgemeiner Weise weitere Anstrengungen zur Anhebung des Standards der Gefängnisinfrastruktur ein. Trotzdem ist unbestritten, dass die Haftbedingungen in der Schweiz im Allgemeinen ein hohes Niveau aufweisen. Viele Empfehlungen namentlich des CPT in diesem Bereich betreffen denn auch anstaltsspezifische Besonderheiten, die sich kaum verallgemeinern lassen.

Dieser Schluss gilt indes nicht für zwei *spezifische Haftregime*: So entsprechen in der Schweiz die Haftmodalitäten der *ausländerrechtlichen Administrativhaft* dem ausschliesslichen Zweck dieses Freiheitsentzuges, der Sicherstellung der Ausreise ausländischer Staatsangehöriger, regelmässig nur bedingt. Vielmehr ist diese Haft – wie einheitlich von verschiedenen Überwachungsorganen moniert – oft in einem eigentlichen Gefängnisumfeld abzusitzen, wo Beschränkungen der persönlichen Freiheit massiv über das hinausgehen, was vom Haftzweck gefordert wäre. Ebenfalls strukturelle Problembereiche sind im Bereich der *Verwahrungshaft* zu konstatieren. Neben Problemen einer für diesen Personenkreis angemessenen Infrastruktur stellen sich hier vielfältige rechtliche Probleme, die sich künftig noch vermehrt aufdrängen dürften, wie etwa die Frage nach der zulässigen Beschränkung der persönlichen Freiheit nach Verbüssung der Freiheitsstrafe, der Umgang mit pflegebedürftigen Inhaftierten, die Zulässigkeit einer Verpflichtung zur Arbeitsleistung im AHV-Alter etc.

Während das *Äquivalenzprinzip im Gesundheitswesen*, d.h. der Grundsatz der Gleichwertigkeit medizinischer Betreuung inner- und ausserhalb von Haftenrichtungen, normativ solide verankert ist, bestehen nach Ansicht mehrerer Überwachungsorgane verschiedene Probleme in seiner Umsetzung. So ist in der Schweiz namentlich das Recht auf Zugang zu einer Ärztin oder einem Arzt nur lückenhaft verankert und trotz wiederholter entsprechender Empfehlungen verzichten zahlreiche Kantone auf die Vornahme flächendeckender Eintrittsuntersuchungen. In institutioneller Hinsicht stellen sich unter einem menschenrechtlichen Blickwinkel ferner auch Fragen nach einer sachgerechten Stellung der Gefängnisärztinnen und -ärzte.

Polizei

Wenig überraschend sind Empfehlungen internationaler Überwachungsmechanismen im sensiblen Bereich der *polizeilichen Zwangsanwendung* zahlreich. Diese beschlagen in aller Regel und in inhaltlich kohärenter Weise die hier zentrale Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips. Ausgelöst durch tragische Einzelfälle liegt ein spezifischer Fokus verschiedener Überwachungsorgane auf dem rechtsstaatlich besonders heiklen Bereich der *Zwangsrückführung ausländischer Staatsangehöriger*. In diesem Bereich wurden in jüngster Vergangenheit Fortschritte erzielt, indem dem Verhältnismässigkeitsprinzip in grösserem Umfang Rechnung getragen werden konnte; Optimierungsbedarf scheint indes weiter vorhanden zu sein.

Auch das subtil auftretende Phänomen des *diskriminierenden Profilings* (auch als racial profiling bezeichnet) ist Gegenstand mehrerer an die Schweiz gerichteter Empfehlungen. Trotz Fehlens öffentlich zur Verfügung stehender Daten weisen verschiedene Indizien darauf hin, dass diese Form der Verlet-

zung des Diskriminierungsverbots tatsächlich auch in der Schweiz verbreitet ist. Einfache Lösungen zu ihrer Eliminierung stehen indes kaum zur Verfügung.

Zur Erhöhung der Autorität der Polizei in allen Bevölkerungsgruppen empfehlen überdies verschiedene Statements internationaler Überwachungsorgane die verstärkte *Rekrutierung von Angehörigen von Minderheiten zu Polizeiberufen*. Kaum sachgerecht wird diese Frage in der Schweiz mehrheitlich mit der Frage der Zulassung von Personen ausländischer Staatsangehörigkeit zu Polizeiberufen gleichgesetzt.

Besonders zahlreich und von verschiedenen Organen stammend sind schliesslich die inhaltlich weitgehend kohärenten Empfehlungen zum Kontext des *verfahrensrechtlichen Umgangs mit Vorwürfen unzulässiger Polizeigewalt*. Menschenrechtliche Vorgaben verlangen nämlich bei hinreichendem Verdacht solcher Rechtsverletzungen nicht nur die Durchführung einer effizienten und unabhängigen Untersuchung, sondern zusätzlich die Bereitstellung von effizienten Beschwerdemöglichkeiten. Während im Bereich der Untersuchung regelmässig die häufig institutionell bedingte mangelnde Unabhängigkeit gerügt wird, weisen die den Opfern unzulässiger Polizeigewalt zur Verfügung stehenden Rechtsmittel und -behelfe strukturelle Mängel zur Umsetzung der menschenrechtlichen Vorgaben und namentlich der menschenrechtlich geforderten Beweislastumkehr auf. Zudem fehlen in der Schweiz regelmässig nichtkonfrontative Vorgehensweisen beim Umgang mit Fehlern in der Polizeiarbeit.

Justiz

Eine Konstante der Empfehlungen des WSK-Ausschusses stellt die Kritik an der *fehlenden direkten Anwendbarkeit* vor allem der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte des Paktes I in der Schweiz und damit an der Geringschätzung dieser Garantien insgesamt dar. Da unter gegenseitiger Bezugnahme Bundesrat und Bundesgericht strikt auf ihrer kritisierten Position beharren, scheint eine Lösung dieses Konflikts vollständig blockiert. Dabei geht vergessen, dass die normative Lage sich in der Schweiz weit differenzierter präsentiert, als dieses auch in den Staatenberichten der Schweiz gezeichnete Schwarz-Weiss-Bild vermuten lässt. So verankert nicht nur die Bundesverfassung zahlreiche Bereiche der Pakt-I-Garantien als subjektive Rechte, sondern bereits ein oberflächlicher Blick auf die hier besonders relevanten kantonalen Rechtsgrundlagen illustriert, dass viele Ansprüche aus dem Pakt I zumindest über den Umweg des Landesrechts von Individuen gerichtlich durchgesetzt werden können. Wird diese Ist-Situation den internationalen Vorgaben gegenübergestellt, sind zwar weiterhin Defizite zu konstatieren, diese präsentieren sich indes weit weniger gewichtig als auf den ersten Blick angenommen.

Wenn auch in weniger prominenter Weise, kritisieren auch andere UNO-Überwachungsorgane mit denselben oder ähnlichen Argumenten die fehlende Möglichkeit einer gerichtlichen Geltendmachung vertraglicher Garantien in der Schweiz.

Im eigentlichen Bereich der *Verfahrens- und Justizgarantien* zeigen insbesondere zahlreiche gegen die Schweiz gerichtete Urteile des EGMR Defizite im Bereich des *Grundsatzes der Waffengleichheit*. Grundsatzurteile des Bundesgerichts haben diese Lücken bis heute aber zumindest teilweise auszugleichen vermocht. Bei den *Verfahrensgarantien bei Freiheitsentzug* erscheint ein definitives Fazit infolge noch fehlender Praxis zur neuen StPO schwieriger. Problembereiche lassen sich aber trotzdem namentlich beim Rechtsschutz bei polizeilichen Anhaltungen konstatieren.

Résumé

Une partie considérable des recommandations faites à l'adresse de la Suisse par les organes de surveillance internationaux au niveau mondial et régional, ainsi que des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme concernant la Suisse couvrent les domaines relatifs à la détention, à la police et à la justice. Alors que beaucoup de ces aspects concernent des problèmes individuels ayant différents niveaux de pertinence, voire une pertinence limitée ou encore ayant été traités entre temps, les recommandations suivantes, en particulier, soulève des problèmes plus fondamentaux existant dans les domaines développés dans la présente étude et mettent l'accent sur la nécessité d'agissements politiques et législatifs adéquats en Suisse :

Détention

Les conditions de détention en Suisse sont en général de haut niveau. Un grand nombre de recommandations faites dans ce domaine concernent donc aussi les particularités d'établissements pénitentiaires spécifiques, que l'on ne saurait guère généraliser.

Cependant, ces conclusions ne s'appliquent pas à deux *régimes de détention spécifiques*: ainsi, en Suisse, les modalités *de la détention administrative dans le droit des étrangers* ne correspondent, en règle générale, que de manière restreinte, au but de la privation de liberté, c'est-à-dire à la garantie de l'exécution du renvoi des personnes de nationalité étrangère. En effet, cette détention est effectuée dans un milieu proprement carcéral, où les restrictions de la liberté personnelle vont nettement au-delà de ce qu'il serait exigé par le but-même de la détention. Des problèmes structurels peuvent aussi être constatés dans le domaine de l'internement. Outre les problèmes que pose la question du caractère adapté des infrastructures pour ce cercle de personnes, de nombreux problèmes juridiques apparaissent également dans ce cadre. Ces derniers devraient s'accroître d'avantage encore à l'avenir, notamment en ce qui concerne l'admissibilité de la restriction à la liberté personnelle après l'exécution de la peine privative de liberté, le traitement des détenus ayant besoin de soins, l'admissibilité de l'obligation de travailler pour les personnes ayant atteint l'âge AVS, etc.

Alors que le *principe d'équivalence dans le domaine de la santé*, c'est-à-dire, le fondement de l'équivalence des soins médicaux au sein et en dehors des établissements de détention, est solidement ancré du point de vue normatif, il subsiste différents problèmes lors de son application. Ainsi, en Suisse, le droit d'accès au médecin, notamment, n'est ancré que partiellement, et malgré des recommandations adéquates répétées, de nombreux cantons renoncent à effectuer des visites médicales d'entrée généralisées. Du point de vue institutionnel et par le prisme des droits humains, la question du statut adéquat des médecins dans les prisons est toujours d'actualité.

Police

Les nombreuses recommandations dans le domaine sensible du recours à *la contrainte policière* sont moins surprenantes. Celles-ci concernent, en règle générale, le respect fondamental du principe de la proportionnalité. Déclenché par des cas individuels tragiques, l'enjeu central spécifique des organes de surveillance se trouve dans le domaine juridique des *renvois forcés des personnes ayant une citoyenneté étrangère*, domaine particulièrement délicat du point de vue d'un Etat de droit. Récemment, des progrès ont été faits dans ce domaine en donnant au principe de la proportionnalité une plus grande importance. Le besoin d'optimisation demeure cependant présent.

Le phénomène du *profilage discriminatoire* (désigné aussi comme profilage racial), qui prend naissance de manière subtile, fait l'objet de nombreuses recommandations adressées à la Suisse. Malgré le manque de données à la disposition du grand public, divers indices montrent que cette forme de violation de l'interdiction de la discrimination est effectivement répandue en Suisse également. Cependant, il n'existe pour ainsi dire pas de solutions simples pour l'éliminer.

Différentes prises de position des organes de surveillance internationaux recommandent à cet effet un *recrutement accru de personnes appartenant à des minorités dans les métiers de la police*, afin de renforcer l'autorité de la police dans toutes les couches de la population. De manière peu correcte, en Suisse, cette question est majoritairement assimilée à la question de l'accès de personnes de nationalité étrangère aux métiers de la police.

Finalement, les recommandations relatives au contexte du fonctionnement *procédural en rapport avec les allégations concernant la violence policière illicite* sont particulièrement nombreuses et proviennent également de différents organismes. Des prescriptions en matière de droits humains, notamment dans le cas de soupçons suffisants de telles violations de la loi, exigent non seulement la mise en place d'une instruction préliminaire efficace et indépendante, mais également, la mise à disposition de voies de recours effectives. Alors que dans le domaine de l'instruction, l'indépendance insuffisante due à la structure institutionnelle fait régulièrement l'objet de contestations, les voies et moyens de recours mis à la disposition des victimes de violence policière illicite comportent des vices structurels dans la mise en œuvre des prescriptions en matière de droits humains et, notamment, en ce qui concerne le renversement du fardeau de la preuve exigé par les droits humains. De plus, les procédures non confrontationnelles de cas de bavures policières font régulièrement défaut en Suisse.

Justice

La critique concernant le manque d'application *directe* en Suisse, notamment des droits économiques, sociaux et culturels du Pacte I, et par la même occasion la sous-estimation de ces garanties dans leur ensemble, constitue une constante des recommandations du Comité DESC. En se référant mutuellement l'un à l'autre, le Conseil fédéral et le Tribunal fédéral maintiennent strictement leur position critiquée, faisant apparaître la solution à ce conflit comme totalement bloquée. On oublie ici que la situation normative en Suisse se présente de manière bien plus différenciée que ce que ne laisse croire l'image en noir et blanc qui ressort des rapports étatiques de la Suisse. Ainsi, on trouve non seulement dans la Constitution fédérale de nombreux domaines des garanties du Pacte I en tant que droits subjectifs, mais également, dans les bases légales cantonales pertinentes en la matière. On constate d'ores et déjà au premier coup d'œil que ceux-ci offrent la possibilité aux individus de faire valoir en justice beaucoup de droits du Pacte I, du moins en faisant le détour par le droit national. En opposant ce statu quo aux prescriptions internationales, on constate, certes, encore quelques déficits en la matière, ceux-ci ne sont cependant pas aussi graves que l'on pourrait le supposer au premier abord.

Dans le domaine des *garanties générales de procédure et de procédure judiciaire*, de nombreux arrêts de la CEDH adressés à la Suisse, montrent des déficits dans le domaine du *principe de l'égalité des armes*. A ce jour, certains arrêts de principe du Tribunal fédéral ont pu combler ces lacunes de manière partielle. Dans le cadre des *garanties de procédure* en relation avec la détention, il est difficile de tirer une conclusion définitive au vu de la pratique encore manquante dans le cadre du nouveau CPP. Malgré cela, il est possible de constater l'existence de domaines problématiques, notamment, en ce qui concerne le droit de recours contre les contrôles effectués par la police.

I. EINLEITUNG

1. Auftrag

Mit Leistungsauftrag vom 1. September 2011 wurde das SKMR ersucht,

„Préparer une étude comparative sur les standards des différents organes onusiens concernant les thèmes ‚police et justice‘ [...], leur cohérence et celle des recommandations adressées aux Etats et à la Suisse en particulier, de même qu’en relation avec les observations générales. “

Entsprechend diesem Auftrag untersucht die Studie die Empfehlungen sowohl der vertraglichen UNO-Überwachungsmechanismen im Staatenberichtsverfahren wie auch diejenigen des Menschenrechtsrats im Verfahren der Universellen Periodischen Überprüfung (UPR) im gesamten Themenbereich des SKMR-Clusters „Polizei und Justiz“, d.h. konkret in den Bereichen Freiheitsentzug, Polizei und Justiz. Angesichts der Vielzahl der Empfehlungen in diesen Bereichen erweist es sich als notwendig, eine Triage durchzuführen. Mit anderen Worten konzentriert sich diese Untersuchung auf eine Analyse derjenigen Empfehlungen, die regelmässig oder von verschiedenen Organen vorgebracht wurden und die zentrale Bereiche der Umsetzung menschenrechtlicher Verpflichtungen betreffen (siehe Materialienverzeichnis im Anhang). Kritikpunkte in Detailbereichen werden daher hier nicht thematisiert. Zusätzlich sollen in den in diesem Sinn als wichtigen taxierten Bereichen aber auch die Empfehlungen etc. regionaler Überwachungsorgane, die Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und, falls angezeigt, Empfehlungen eidgenössischer Kommissionen und von NGOs untersucht werden.

Die Gesamtheit dieser internationalen Vorgaben wird, soweit möglich, dem faktischen und normativen Ist-Zustand auf Ebene des Bundes und der Kantone gegenübergestellt, damit ein allfällig bestehender Handlungsbedarf eruiert werden kann.

2. Aufbau

Vorliegende Studie gliedert sich entsprechend den abgedeckten Themenbereichen in die drei Kapitel Freiheitsentzug (II.), Polizei (III.) und Justiz (IV.). Diese Kapitel beschäftigen sich nach einleitenden Bemerkungen mit den jeweils identifizierten drei bis vier Schwerpunktbereichen. Innerhalb dieser Bereiche werden, soweit zweckmässig, zunächst die internationalen Vorgaben und die innerstaatliche Rechtslage sowie die Empfehlungen der menschenrechtlichen Überwachungsorgane dargestellt. Daran anschliessend untersucht diese Studie unter dem Titel „Situation in der Schweiz“ jeweils die Reaktion der Schweiz auf diese Empfehlungen, Gesetzgebungsprojekte, faktische Entwicklungen etc., bevor in einem letzten Schritt versucht wird, einen allfällig bestehenden Handlungsbedarf zu eruieren.

II. FREIHEITSENTZUG

1. Menschenrechte und Freiheitsentzug

Menschen im Freiheitsentzug stehen in einem zwangsweisen Sonderstatusverhältnis zum Staat, welches erstens durch eine besondere Beziehungsnähe von Individuum und Staat und zweitens durch ein asymmetrisches Machtgefüge geprägt ist. Konkret bestimmt der Staat im Freiheitsentzug weitgehend über die Lebensumstände Inhaftierter und ist auch vollständig für die Befriedigung ihrer Subsistenzbedürfnisse verantwortlich. Mit diesem Umstand erklärt sich, dass in einem solchen Kontext jedes staatliche Handeln menschenrechtssensibel ist oder mit anderen Worten die Ausgestaltung des Alltags Inhaftierter und ihre Versorgung ganz wesentlich durch menschenrechtliche Vorgaben geprägt sind. Deshalb ist in diesem Kontext das Risiko von Menschenrechtsverletzungen höher als unter „normalen“ Lebensumständen. Es stellt daher für jeden Staat eine besondere Herausforderung dar, die Beachtung der Menschenrechte im Bereich des Freiheitsentzugs sicherzustellen.

Vor diesem Hintergrund erstaunt es nicht, dass im Bereich des Freiheitsentzuges ein dichtes Regelwerk internationaler Vorgaben entstanden ist, die von staatsvertraglichen Normierungen bis zu solchen mit Soft-law-Qualität reichen. Viele im Bereich des Freiheitsentzuges einschlägige internationale Abkommen begründen überdies eigene Überwachungsmechanismen.¹ So beschäftigen sich etwa auf universeller Ebene der Menschenrechtsausschuss und der Ausschuss gegen die Folter (CAT) im Staatenberichtsverfahren regelmässig auch mit Problemen im Freiheitsentzug. Zudem besitzt der Unterausschuss des Ausschusses gegen die Folter² die Kompetenz alle Orte des Freiheitsentzugs in der Schweiz zu begutachten.³ Auf regionaler Ebene kann der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) im Individualbeschwerdeverfahren Stellung zu vorgebrachten Menschenrechtsverletzungen im Freiheitsentzug nehmen. Daneben besitzt der Europäische Ausschuss zur Verhütung von Folter (CPT) dieselben Kompetenzen wie sein universelles Gegenstück.⁴ Folglich finden sich im Bereich des Freiheitsentzugs besonders zahlreiche Empfehlungen internationaler Organe.

Als Freiheitsentzug gilt – auch für diese Studie – eine Einschränkung der Bewegungsfreiheit, die erstens eine gewisse Zeitdauer überschreitet, d.h. mindestens mehrere Stunden andauert, und zweitens diese Freiheit nach jeder Richtung hin einschränkt.⁵ Der Begriff des Freiheitsentzugs umfasst damit nicht nur den traditionellen Strafvollzug in all seinen Vollzugsmodalitäten, sondern auch sämtliche „Vorstadien“ wie etwa Polizei- oder Untersuchungshaft oder „Alternativen“ wie etwa strafrechtliche Massnahmen. Zusammenfassend gilt daher „jede Form des Festhaltens oder der Inhaftierung einer Person oder deren Unterbringung in einer öffentlichen oder privaten Einrichtung, die sie nicht nach Belieben verlassen darf, sofern dies auf Anordnung oder Veranlassung einer Behörde oder im Einverständnis mit einer Behörde geschieht“ als Freiheitsentzug.⁶

Dieses Kapitel befasst sich mit der Umsetzung menschenrechtlicher Verpflichtungen im Bereich des Freiheitsentzugs in der Schweiz. Nicht behandelt werden hier menschenrechtliche Vorgaben für das Strafverfahren oder solche für die Anordnung des Freiheitsentzuges bzw. zu den zulässigen Haft-

¹ Siehe dazu im Detail hinten II.2.

² Dieses seit dem Jahr 2007 operative Gremium hat die Schweiz bis heute nie besucht.

³ Art. 11 lit. a OPCAT. Um Doppelspurigkeiten zu vermeiden hat sich der Unterausschuss mit nach regionalen Übereinkommen eingerichteten Stellen (hier der CPT) abzusprechen (Art. 31 OPCAT).

⁴ Der CPT besuchte die Schweiz in den Jahren 1991, 1996, 2001, 2003, 2007 und 2011. Der Bericht des letzten Besuchs liegt noch nicht vor.

⁵ Siehe dazu statt vieler KIENER/KÄLIN, S. 137.

⁶ Siehe BG vom 20. März 2009 über die Kommission zur Verhütung von Folter (SR 150.1).

gründen.⁷ In einem ersten Schritt listet dieses Kapitel die für den Freiheitsentzug relevanten internationalen Vorgaben auf und präsentiert eine Übersicht über die landesrechtlichen Grundlagen, mit welchen diese völkerrechtlichen Verpflichtungen umgesetzt werden (Ziff. 2). Der darauffolgende Abschnitt fasst – zu drei thematischen Schwerpunkten gebündelt – die zahlreichen Empfehlungen der internationalen Gremien gegenüber der Schweiz im Bereich des Freiheitsentzugs zusammen und illustriert die nationalen Grundlagen resp. die Reaktion der Schweiz auf diese Kritikpunkte (Ziff. 3).

2. Internationale Verpflichtungen und ihre normative Umsetzung in der Schweiz

2.1. Universelle Ebene

Im Bereich des Freiheitsentzugs sind namentlich folgende universelle, die Schweiz bindende Normen von Bedeutung:

- Normen von primärer Relevanz für den Freiheitsentzug im *Pakt I*: Recht auf angemessene Lebensbedingungen (Art. 11), Recht auf Gesundheit (Art. 12).
- Normen von primärer Relevanz für den Freiheitsentzug im *Pakt II*: Verbot der Folter und der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung und Strafe (Art. 7), Recht auf menschenwürdige Haftbedingungen (Art. 10).⁸
- *Übereinkommen gegen die Folter* (CAT) und *Fakultativprotokoll zum Übereinkommen gegen die Folter* (OPCAT).⁹
- *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners* (Soft Law).

2.2. Regionale Ebene

Auf regionaler Ebene sind für die Schweiz namentlich folgende Normen während des Freiheitsentzugs zu beachten:

- *EMRK*: Verbot der Folter und der unmenschlichen Behandlung (Art. 3).¹⁰
- *Europäisches Übereinkommen zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe*.
- Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger (sog. *Rückführungsrichtlinie*).
- *Resolutionen und Empfehlungen des Ministerkomitees des Europarates* (Soft Law)
 - *Europäische Strafvollzugsgrundsätze* 2006.
 - *Empfehlungen zu spezifischen Themen des Freiheitsentzugs*, im Einzelnen etwa zu: Ausgestaltung der Untersuchungshaft¹¹, Reduktion der kurzen Freiheitsstrafen bzw. ange-

⁷ Siehe dazu etwa Art. 9 und 14 Pakt II sowie Art. 5 und 6 EMRK.

⁸ Ebenso von grosser Bedeutung im Haftkontext sind folgende Garantien des Paktes II: Recht auf Leben (Art. 6), Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 17), Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit (Art. 19) und Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 19).

⁹ Für inhaftierte Kinder und Frauen finden sich zudem spezifische Bestimmungen in der Kinderrechtskonvention (namentlich Art. 40) und in der Frauendiskriminierungskonvention sowie generell in der Rassendiskriminierungskonvention.

¹⁰ Ebenfalls von Bedeutung sind folgende Garantien der EMRK: Recht auf Leben (Art. 2), Recht auf Freiheit und Sicherheit (Art. 5), Recht auf ein faires Verfahren (Art. 6), Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8), Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit (Art. 9), Freiheit der Meinungsäusserung (Art. 10), Diskriminierungsverbot (Art. 14).

¹¹ Siehe z.B. Empfehlung R(65) 11 über Untersuchungshaft.

messene Ausgestaltung des Vollzuges dieser Strafe¹², besondere ergänzende Regelungen für den Strafvollzug¹³, Vorgaben für besondere Gefangenengruppen, wie etwa gefährliche Strafgefangene¹⁴, Strafgefangene mit langen Freiheitsstrafen¹⁵, Jugendliche¹⁶ und ausländische Strafgefangene¹⁷, sowie betreffend Qualität und Qualifizierung von Vollzugsbediensteten¹⁸, Öffnung des Vollzuges¹⁹, Vermeidung von Überbelegung²⁰, Übergang in die Freiheit²¹, stellvertretende Strafvollstreckung und Überstellung von Gefangenen²².

2.3. Überblick über die innerstaatliche Regulierung

Nach Art. 123 Abs. 2 BV sind die Kantone zuständig für den Straf- und Massnahmenvollzug, soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht.²³ Gemäss Abs. 3 kann daher der Bund Vorschriften zum Straf- und Massnahmenvollzug erlassen, falls dies für den einheitlichen Vollzug der materiellen Vorgaben des übergeordneten Rechts erforderlich sein sollte.²⁴ Ein Bundesstrafvollzugsgesetz hat der Bund aber bis heute nicht erlassen,²⁵ weshalb sich im Bereich des Freiheitsentzuges Bundes- und kantonales Recht ergänzen.

2.3.1. Auf Bundesebene

Durch die *Grundrechte* werden die für den Freiheitsentzug relevanten EMRK-Bestimmungen und Empfehlungen des Europarates umgesetzt. Denn die EMRK gewährleistet nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts im Bereich der Haftbedingungen keine über die verfassungsmässigen Grundrechtsgarantien hinausgehende Rechte.²⁶ Basierend auf dem Grundrecht der persönlichen Freiheit und dem damit verbundenen Grundsatz, dass Beschränkungen der Freiheitsrechte von Gefangenen nicht über das hinausgehen dürfen, was zur Gewährleistung des Haftzweckes und zur Aufrechterhaltung eines ordnungsgemässen Anstaltsbetriebes erforderlich ist,²⁷ hat das *Bundesgericht* in einer kreativen Praxis *verfassungsrechtliche Minimalanforderungen eines menschenrechtskonformen Haftvollzugs* konkretisiert.²⁸ Zusätzlich berücksichtigt und antizipiert das Bundesgericht auch Urteile des EGMR²⁹ und die Europäischen Strafvollzugsgrundsätze. Diese artikulieren gemäss dem Bundesgericht

¹² Siehe z.B. Empfehlung R(66) 25 über kurzfristigen Strafvollzug für jugendliche Straftäter unter 21 Jahren.

¹³ Siehe z.B. Empfehlung R(89) 12 über Weiterbildung im Strafvollzug.

¹⁴ Siehe Empfehlung R(82) 17 über den Umgang mit gefährlichen Strafgefangenen im Strafvollzug.

¹⁵ Siehe Empfehlung R(76) 2 über die Behandlung von Strafgefangenen mit langen Freiheitsstrafen.

¹⁶ Siehe Empfehlung Rec(2008)11 über die von Sanktionen und Massnahmen betroffenen jugendlichen Straftäter und Straftäterinnen.

¹⁷ Siehe Empfehlung R(84)12 über die ausländischen Strafgefangenen.

¹⁸ Siehe z.B. Empfehlung R(68) 24 über die Stellung, die Auswahl und Schulung des Führungspersonals in Strafvollzugsanstalten.

¹⁹ Siehe Empfehlung R(82) 16 über den Hafturlaub und andere Erleichterungen.

²⁰ Siehe Empfehlung R(99) 22 über die Überbelegung in den Strafanstalten sowie den übermässigen Anstieg inhaftierter Personen.

²¹ Siehe Empfehlung R(70) 1 über die bedingte Entlassung, Strafaussetzung zur Bewährung und Straffälligenhilfe.

²² Siehe z.B. Empfehlung R(84) 11 über die Orientierung Verurteilter betreffend das Einkommen über die Überstellung verurteilter Personen.

²³ Durch den Verweis auf mögliche finanzielle Beiträge des Bundes in Art. 123 Abs. 3 BV wird stillschweigend impliziert, dass grundsätzlich die Kantone und nicht der Bund die Kosten des Straf- und Massnahmenvollzugs zu tragen haben; vgl. BIAGGINI, S. 577.

²⁴ BBl 2005 6096.

²⁵ Botschaft NFA, S. 2472, „[Absatz 3] räumt dem Bund die Kompetenz ein, auf dem Gebiet des Straf- und Massnahmenvollzugs Vorschriften zu erlassen. Bis heute besteht kein Konsens in der Frage, wie weit der Bund die Kompetenz hat, Strafvollzugsgrundsätze zu erlassen. Die vorgeschlagene Änderung bringt die erwünschte verfassungsrechtliche Klarheit: Mit der gewählten Formulierung wird eine konkurrierende, nachträglich derogierende Kompetenz des Bundes geschaffen“.

²⁶ Vgl. BGE 123 I 221, E. 4, S. 226 ff.

²⁷ Vgl. BGE 122 I 222, E. 2a/aa, S. 225 f.

²⁸ Siehe für eine Übersicht etwa MÜLLER/SCHEFER, S. 114 ff.

²⁹ Vgl. BGE 117 Ia 465, E. 2b, S. 467 f.

die gemeinsame Rechtsüberzeugung der Mitgliedstaaten des Europarates und sind daher bei der Konkretisierung der Grundrechtsgewährleistungen der Bundesverfassung zu beachten.³⁰

Eine Vereinheitlichung des *Strafvollzugsrechts* bewirkte die seit 2007 in Kraft stehende Revision des *allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs*. Die Art. 74-91 StGB verankern Rahmenregelungen für den Strafvollzug³¹ und konkretisieren verfassungsrechtliche Vorgaben. So betont Art. 74 StGB die Beachtung der Menschenwürde und den zentralen Grundsatz des Vollzugsrechts, dass Rechte Inhaftierter nur so weit beschränkt werden dürfen, als dies entweder der Freiheitsentzug selbst oder aber das Zusammenleben in der Vollzugseinrichtung erfordert.³² Grund- und menschenrechtliche Wurzeln besitzen auch die in Art. 75 verankerten Grundsätze, so namentlich dass „[d]er Strafvollzug (...) den allgemeinen Lebensverhältnissen so weit als möglich zu entsprechen [und] (...) schädlichen Folgen des Freiheitsentzugs entgegenzuwirken [hat]“. ³³

Ein bundesrechtlicher Rahmen zu den Vollzugsmodalitäten der *Untersuchungs- und Sicherheits-*³⁴ sowie der *Polizeihaft*³⁵ findet sich in der seit 2007 in Kraft stehenden *Strafprozessordnung* (StPO). Die Untersuchungs- und Sicherheitshaft werden in der Regel in Haftanstalten vollzogen, die diesem Zwecke vorbehalten sind und die daneben nur dem Vollzug kurzer Freiheitsstrafen dienen. Wie im Straf- und Massnahmenvollzug dürfen die inhaftierten Personen in der Untersuchungs- und Sicherheitshaft nach Art. 235 Abs. 1 StPO in ihrer persönlichen Freiheit nicht stärker eingeschränkt werden, als es der Haftzweck sowie die Ordnung und Sicherheit in der Haftanstalt erfordern.³⁶ Die Polizeihaft hingegen ist nur spärlich geregelt: So regelt Art. 219 das Vorgehen der Polizei nach der Festnahme nur in den Grundzügen.

Das *Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer* (AuG) äussert sich in Art. 81 nur rudimentär zu den Haftbedingungen der *ausländerrechtlichen Administrativhaft*. So verankert Abs. 1 ein Recht auf im Vergleich zum strafrechtlichen Vollzug grosszügiges Regime sozialer Kontakte und Abs. 2 stipuliert, diese Haft sei in „geeigneten Räumlichkeiten“ zu vollziehen. Demnach sind die inhaftierten Administrativhäftlinge gesondert von Personen in Untersuchungshaft oder im Strafvollzug unterzubringen (sog. Trennungsgebot). Schliesslich verlangt Abs. 3, dass den Bedürfnissen von Schutzbedürftigen (unbegleitete Minderjährige und Familien mit Minderjährigen) bei der Ausgestaltung der Haft Rechnung zu tragen ist.

Die Arbeit der basierend auf den Vorgaben des OPCAT eingerichteten Nationalen Kommission zur Verhütung der Folter (NKVF) wird zusätzlich zur Vereinheitlichung der Vollzugsregeln und ihrer Kompatibilität mit menschenrechtlichen Vorgaben beitragen. Nach Art. 2 lit. a des Bundesgesetzes über die Kommission zur Verhütung von Folter ist dieses Organ nicht nur befugt den traditionellen Strafvollzug zu überprüfen, sondern sämtliche Orte, wo sich Personen befinden oder befinden könnten, denen die Freiheit entzogen worden ist. Bis Ende 2011 verfasste die NKVF Berichte zu Anstalten des Freiheitsentzugs in den Kantonen Wallis³⁷, Bern³⁸, Zürich³⁹, Thurgau⁴⁰, Luzern⁴¹ und Freiburg⁴².

³⁰ Vgl. BGE 118 Ia 64, E. 2, S. 69 ff.; BGE 111 Ia 341, E. 3a, S. 344 f.; BGE 106 Ia 277, E. 3c, S. 281 f.; BGE 105 Ia 98, E. 3b, S. 101 ff.; BGE 103 Ia 293, E. 7b, S. 309; BGE 102 Ia 279 E. 2c, 283 f.

³¹ Geregelt sind beispielsweise der Vollzugsort, die Vollzugsformen, der progressive Vollzugsverlauf, Arbeit im Vollzug, Aus- und Weiterbildung, Beziehungen zur Aussenwelt, Kontrollen und Untersuchungen und Disziplinarsanktionen. Siehe dazu auch die Parlamentarische Initiative Amherd (10.482), welche die Schaffung eines Bundesrahmengesetzes zum Strafvollzug fordert.

³² BAECHTOLD (Strafvollzug), S. 103.

³³ Zudem verpflichtet der ebenfalls im Jahr 2007 in das StGB eingefügte Art. 372 Abs. 3 die Kantone zu einem einheitlichen Vollzug strafrechtlicher Sanktionen.

³⁴ Siehe Art. 234-236 StPO.

³⁵ Siehe Art. 217-219 StPO.

³⁶ Nach Art. 235 Abs. 5 StPO regeln im Übrigen die Kantone die Rechte und Pflichten der inhaftierten Personen.

³⁷ Siehe NKVF, Bericht Granges 2010; NKVF, Bericht Brig 2010.

³⁸ Siehe NKVF, Bericht Hindelbank 2010.

³⁹ Siehe NKVF, Bericht Zürich 2010.

2.3.2. Auf kantonaler Ebene

Die nur rudimentären bundesrechtlichen Regelungen des Haftvollzugs lassen den Kantonen viel Spielraum für eigene Bestimmungen. Nur wenige Kantone kennen indes eigentliche Vollzugsgesetze. So besitzen nur fünf Kantone ein umfassendes und speziell auf den Straf- und Massnahmenvollzug zugeschnittenes Gesetz im formellen Sinne, das auch allgemeine Ausführungen über den Freiheitsentzug beinhaltet.⁴³ Diese Gesetze beschlagen teilweise nicht nur den Strafvollzug. So findet etwa das Berner Gesetz über den Straf- und Massnahmenvollzug mit gewissen Einschränkungen auch auf die Untersuchungs-, Sicherheits- und Polizeihaft sowie auf die ausländerrechtliche Haft Anwendung.⁴⁴ Die ausländerrechtliche Haft wird zudem in einer grossen Anzahl von Kantonen in Einführungsgesetzen zum Ausländerrecht konkretisiert.⁴⁵

Die meisten Kantone normieren das Vollzugsrecht hingegen nicht in einem Gesetz im formellen Sinn, sondern einzig in einer Verordnung oder gar bloss in Gefängnisreglementen.⁴⁶ Eine umfassende Regelung in einer Strafvollzugsverordnung kennen etwa die Kantone Aargau, Graubünden, Jura, Luzern, St. Gallen, Schaffhausen, Thurgau und Wallis.⁴⁷ Die übrigen Kantone haben demgegenüber Grundla-

⁴⁰ Siehe NKVF, Bericht Münsterlingen 2010.

⁴¹ Siehe NKVF, Bericht Grosshof 2011.

⁴² Siehe NKVF, Bericht Freiburg 2011.

⁴³ Siehe BE, Gesetz über den Straf- und Massnahmenvollzug vom 25. Juni 2003 (BSG 341.1); NE, Loi sur l'exécution des peines privatives de liberté et des mesures pour les personnes adultes du 3 octobre 2007 (RSN 351.0); SO, Gesetz über den Vollzug von Freiheitsstrafen, Ersatzfreiheitsstrafen, gemeinnütziger Arbeit, therapeutische Massnahmen und Verwahrung vom 3. März 1991 (BGS 331.11); ZH, Straf- und Massnahmenvollzugsgesetz vom 19. Juni 2006 (ZGS 331.1). Daneben verfügen vier weitere Kantone über eine summarische spezialgesetzliche Grundlage. Diese summarischen kantonalen Gesetze enthalten primär Organisations- und Zuständigkeitsnormen. Siehe BS, Gesetz über den Vollzug der Strafurteile vom 13. Dez. 2007 (GS 258.200); BL, Gesetz über den Vollzug von Strafen und Massnahmen vom 21. April 2005 (GS 35.1092); TI, Legge sull'esecuzione delle pene e delle misure per gli adulti del 20 aprile 2010 (RL 4.2.1.1); VD, Loi sur l'exécution des condamnations pénales du 4 juillet 2006, (GS 340.01).

⁴⁴ BE, Art. 1 und Art. 10, Gesetz über Straf- und Massnahmenvollzug vom 25. Juni 2003 (BSG 341.1).

⁴⁵ Die genaue Benennung dieser Gesetze sowie deren inhaltliche Ausgestaltung variieren stark. Der Kanton Aargau regelt z.B. in seinem Einführungsgesetz zum Ausländerrecht Details betreffend sozialem Kontakt, Bewegung im Freien und medizinischer Versorgung (AG, § 20, Einführungsgesetz zum Ausländerrecht vom 25. Nov. 2008 [SAR 122.600]), während sich das Ausführungsgesetz zum AuG des Kantons Freiburg nur insoweit zum ausländerrechtlichen Haftregime äussert, dass die Rechte der Personen, die in Anwendung der Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht inhaftiert sind, nur soweit beschränkt werden dürfen, als es der Haftzweck und der geordnete Betriebsablauf der Anstalt erfordern (FR, Art. 6, Ausführungsgesetz zum BG über die Ausländerinnen und Ausländer vom 13. Nov. 2007 [RS 114.22.1]). Siehe auch etwa BS, Gesetz über den Vollzug der Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht vom 17. März 2010 (SG 122.300).

⁴⁶ Dies ist darauf zurückzuführen, dass nach bundesgerichtlicher Praxis zwar die zwangsweise Begründung des Freiheitsentzugs und dessen wesentlicher Inhalt in einem formellen Gesetz geregelt sein müssen, aber die weiteren Details für die Ausgestaltung des Vollzuges auf Verordnungsstufe geregelt werden können. Vgl. BGE 117 Ia 465, E. 3a, S. 469. Siehe auch BGE 99 Ia 269. Nach der Doktrin ist diese Herabsetzung der Anforderungen an die Normstufe der gesetzlichen Grundlage bei einem Freiheitsentzug nur insoweit zulässig, als es um Beschränkungen geht, die sich aus dem klar umschriebenen Zweck des Sonderstatusverhältnisses selber ergeben; vgl. etwa MÜLLER/SCHÉFER, S. 118 f., und KIENER/KÄLIN, S. 92.

⁴⁷ Siehe AG, Verordnung über den Vollzug von Strafen und Massnahmen vom 9. Juli 2003 (SAR 253.111); GR, Verordnung über den Justizvollzug im Kanton Graubünden vom 12. Dez. 2006 (BR 350.460); JU, Ordonnance sur les établissements de détention du 21 décembre 2004 (GS 342.11); LU, Verordnung über den Justizvollzug vom 12. Dez. 2006 (SRL 327); SG, Verordnung über die Gefängnisse und Vollzugsanstalten vom 13. Juni 2000 (sGS 962.14); SH, Justizvollzugsverordnung vom 19. Dez. 2006 (SHS 341.101); TG, Verordnung des Regierungsrates über den Justizvollzug vom 12. Dez. 2006 (RB 340.31); VS, Reglement über die Strafanstalten des Kantons Wallis vom 10. Dez. 1993 (RS 340.200).

Solche Verordnungen gelten teilweise nicht nur für den Strafvollzug. So hält z.B. die Zürcher Justizvollzugsverordnung vom 6. Dez. 2006 (331.1) in § 1 fest, dass die Verordnung neben strafrechtlichen Sanktionen auch die Durchführung der Untersuchungs-, Sicherheits- und Auslieferungshaft sowie der Vorbereitungs-, Ausschaffungs- und Durchsetzungshaft im Ausländerrecht regelt.

gen, die sich in Normierungstiefe und -breite zum Teil stark unterscheiden. Üblicherweise sehen die Strafvollzugserlasse zudem die Schaffung von Anstalts- oder Hausordnungen vor. Diese normieren die Details des Freiheitsentzugs.⁴⁸ Die Ausgestaltung der ausländerrechtlichen Haft wird zudem in wenigen Kantonen auch mittels spezifischer Verordnungen konkretisiert.⁴⁹

2.3.3. Auf Konkordatebene

Alle Kantone sind Mitglied eines der drei regionalen Strafvollzugskonkordate,⁵⁰ da nicht alle Kantone in der Lage sind, alle gesetzlich verlangten Anstaltstypen und -abteilungen zu betreiben.⁵¹ Hauptaufgabe der Konkordate ist die grundrechtskonforme, einheitliche und kostengünstige Vollziehung von Strafurteilen sowie die gemeinsame Planung, Bau und Betreibung von Vollzugsplätzen.⁵² Die Präambel des Konkordats der lateinischen Schweiz spricht sogar von einer Harmonisierung der Bedingungen des Strafvollzugs unter Berücksichtigung des internationalen Rechts. Im Zuge der Revision des StGB sind alle drei Konkordatsverträge in den letzten Jahren vollständig überarbeitet worden.⁵³

Trotz der Konkordate sind die Rechtsgrundlagen des Anstaltskantons für die Durchführung des Freiheitsentzugs massgeblich. Die Hausordnungen der Vollzugsanstalten werden daher laut den Deutschschweizer Konkordaten vom Standortkanton erlassen. Die Konkordate können jedoch durch ihre Organe grundsätzlich unverbindliche⁵⁴ Richtlinien/Empfehlungen/Standards für die Vollzugsgestaltung erlassen, welche auch die materiellen Haftbedingungen betreffen.⁵⁵ Zusätzlich gründeten 1996 die Kantone Genf, Neuenburg und Waadt ein spezifisches Konkordat um die Haftbedingungen für ausländerrechtlich festgehaltene Personen gemeinsam zu regeln.⁵⁶

⁴⁸ Siehe z.B. GR, Art. 75 und 76, Verordnung über den Justizvollzug im Kanton Graubünden vom 12. Dez. 2006 (BR 350.460); BE, Art. 15 und 16, Verordnung über den Straf- und Massnahmenvollzug (BSG 341.11). ZH, §§ 126 und 127, Justizvollzugsverordnung vom 6. Dez. 2006 (GS 331.1).

⁴⁹ So kennt etwa der Kanton Obwalden eine Vollziehungsverordnung zum BG über die Ausländerinnen und Ausländer sowie zum Asylgesetz, welche Bestimmungen über den Vollzug der Administrativhaft enthält (OW, Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer sowie zum Asylgesetz vom 30. Nov. 2007 [GDB 113.21]).

⁵⁰ Das Strafvollzugskonkordat der Nordwest und Inner- (UR, SZ, OW, NW, LU, ZG, BE, SO, BS, BL, AG), der Ost- (ZH, GL, SH, AR, AI, SG, GR, TG) und der lateinischen Schweiz (FR, VD, VS, NE, GE, JU, TI).

⁵¹ Vgl. MÜLLER/SCHÉFER, S. 62. Rechtliche Grundlage für die Strafvollzugskonkordate sind Art. 48 BV i.V.m. Art. 372 und 377-380 StGB.

⁵² Siehe z.B. Präambel des Konkordats der ostschweizerischen Kantone über den Vollzug von Strafen und Massnahmen vom 9. Okt. 2004.

⁵³ Siehe Konkordat über den Vollzug von Strafen und Massnahmen der Kantone der Nordwest- und Innerschweiz vom 5. Mai 2006; Konkordat der ostschweizerischen Kantone über den Vollzug von Strafen und Massnahmen vom 9. Okt. 2004; Konkordat über den Vollzug der Freiheitsstrafen und Massnahmen an Erwachsenen und jungen Erwachsenen in den Kantonen der lateinischen Schweiz vom 10. April 2006.

⁵⁴ In vielen Kantonen werden Konkordate de facto wie gesetzliche Regeln angewendet. Die Konkordate der Deutschschweiz sehen sogar vor, dass diese mit Zustimmung aller Kantone als verbindlich erklärt werden können. Siehe Konkordat über den Vollzug von Strafen und Massnahmen der Kantone der Nordwest- und Innerschweiz vom 5. Mai 2006, Art. 3 Abs. 2 lit. f; Konkordat der ostschweizerischen Kantone über den Vollzug von Strafen und Massnahmen vom 9. Okt. 2004, Art. 2 Abs. 2 lit. c. Neuere kantonale Erlasse über den Straf- und Massnahmenvollzug sehen daher vor, dass die beschlossenen und als verbindlich erklärten Richtlinien in Ergänzung zu den entsprechenden Erlassen als unmittelbar anwendbar gelten; siehe z.B. GR, Art. 1 Abs. 2, Justizvollzugsgesetz vom 27. Aug. 2009 (BR 350.500).

⁵⁵ So z.B. beim Konkordat der ostschweizerischen Kantone die Richtlinien über das Disziplinarrecht, Empfehlung für den Vollzug der Verwahrung, Richtlinien über die Auswahl und Anstellung von Personal des Justizvollzugs, Richtlinien über die stationären Suchttherapien. Beim Konkordat der Nordwest- und Innerschweiz sollen sich die Hausordnungen zudem nach den Konkordatsrichtlinien richten. Siehe Konkordat über den Vollzug von Strafen und Massnahmen der Kantone der Nordwest- und Innerschweiz vom 5. Mai 2006, Art. 15 Abs. 2.

⁵⁶ Siehe Concordat sur l'exécution de la détention administrative à l'égard des étrangers du 4 juillet 1996. Für die Haftbedingungen wesentlich ist dabei Art. 14 Abs. 1 des Konkordats, welcher festhält, dass die ausländerrechtlich Inhaftierten Anspruch auf Achtung der Würde, ihrer psychischen und physischen Integrität und ihrer religiösen Überzeugung haben. Art. 14 Abs. 2 statuiert die bekannte Formel, dass die Rechte der Administrativhäftlinge nur

3. Empfehlungen internationaler Überwachungsorgane und Situation in der Schweiz in ausgewählten Themenbereichen

3.1. Haftbedingungen

3.1.1. Empfehlungen internationaler Überwachungsorgane

a. Zu den Haftbedingungen im Allgemeinen

Die Ausgestaltung von angemessenen Haftbedingungen wird gemeinhin als Fundament für ein Haftregime angesehen, welches die Freiheit von Individuen „menschlich und mit Achtung vor der dem Menschen innewohnenden Würde“⁵⁷ anerkennt. Daher erstaunt es nicht, dass viele Empfehlungen internationaler Instanzen bei den allgemeinen Haftbedingungen ansetzen. Zudem können Haftbedingungen bei der Feststellung einer „unmenschlichen oder erniedrigenden Strafe oder Behandlung“ nach Art. 3 EMRK eine wichtige Rolle spielen und für sich selbst eine Verletzung dieses Artikels darstellen.⁵⁸ Ein Mangel an Ressourcen für genügend ausgestaltete Haftbedingungen kann ein Staat, laut dem EGMR, nicht als Rechtfertigung einer Verletzung von Art. 3 EMRK anbringen.⁵⁹ Zur Beurteilung von auf Art. 3 EMRK gestützten Beschwerden wegen Haftbedingungen bezieht sich der EGMR in letzter Zeit vermehrt Informationen des CPT.⁶⁰

Der Menschenrechtsausschuss forderte die Schweiz anlässlich der Prüfung des schweizerischen Berichts zur Umsetzung des Paktes II im Jahr 2009 in genereller Weise auf, die „Anstrengungen zur Verbesserung der Lebensbedingungen in den Gefängnissen sämtlicher Kantone [zu] verstärken (...)“.⁶¹ In gleicher Weise äusserte sich der Ausschuss gegen Folter in den jüngsten abschliessenden Bemerkungen 2010 zur Schweiz.⁶² Auch die Berichte des CPT enthalten detaillierte Vorgaben zur Verbesserung der Haftbedingungen.⁶³ Während der CAT vor allem die Haftbedingungen in der französischsprachigen Schweiz als „unzureichend“ erachtet, weisen gemäss CPT auch Anstalten des Freiheitsentzuges in der Deutschschweiz gewisse Mängel im Bereich der Haftbedingungen auf.⁶⁴

Das Thema Haftbedingungen lässt sich in mehrere einzelne Problemfelder unterteilen. Es sind dies neben allgemeinen infrastrukturellen Anforderungen meist Fragen rund um Hygiene, Nahrung und Erholungsraum/-möglichkeiten. Zudem stellen sich für die verschiedenen Haftregimes spezifische Fragen zu Anforderungen an die Haftbedingungen.

b. Zu infrastrukturellen Anforderungen an Anstalten des Freiheitsentzugs

Eine genügende Haftinfrastruktur gilt als essentielle Voraussetzung für eine menschenwürdige Haft, die dem Insassen oder der Insassin die Möglichkeit bietet den Freiheitsentzug in Würde und mit einem Minimum an Privatsphäre zu verbringen. Werden gewisse infrastrukturelle Anforderungen nicht eingehalten, erhöht dies unverzüglich das Risiko menschenrechtsverletzende Haftbedingungen vorzufinden, welche für sich genommen schon als unmenschlich oder erniedrigend angesehen werden können. Infrastrukturelle Probleme wirken sich unmittelbar auf andere Rechte der Insassen aus, was

soweit beschränkt werden können, als dies der Haftzweck, das gemeinsame Zusammenleben und das normale Funktionieren der Anstalt nötig machen.

⁵⁷ Vgl. Art. 10 Pakt II.

⁵⁸ Nähere Angaben zu Art. 3 EMRK und Haftbedingungen finden sich etwa in VAN ZYL SMIT/SNACKEN, S. 127 ff.; RODLEY/POLLARD, S. 394 ff.

⁵⁹ Vgl. *Poltoratskiy v. Ukraine*, 38812/97 (2003), Ziff. 148 und *I.I. v. Bulgaria*, 44082/98 (2005), Ziff. 77. Siehe auch Europäische Strafvollzugsgrundsätze, Ziff. 4.

⁶⁰ Vgl. RODLEY/POLLARD, S. 395.

⁶¹ MRA, Concluding Observations Switzerland 2009, Ziff. 17.

⁶² CAT, Concluding Observations Switzerland 2010, Ziff. 17.

⁶³ Vgl. CPT/Inf (2008) 33, S. 48-60.

⁶⁴ Vgl. CAT, Concluding Observations Switzerland 2010, Ziff. 17; CPT/Inf (2008) 33, S. 48-52.

zu einer automatischen Herabsetzung der allgemeinen Lebensqualität in Anstalten des Freiheitsentzugs führt.

Die materiellen Minimalanforderungen an Anstalten des Freiheitsentzuges ergeben sich für die Schweiz in konkretester Form aus den Empfehlungen des Europarates über die europäischen Strafvollzugsgrundsätze von 2006.⁶⁵ Ergänzt werden diese durch die vom Europäischen Ausschuss zur Verhütung von Folter formulierten Standards (sogenannte CPT-Standards). Darin finden sich generelle infrastrukturelle Angaben zur Einweisung und Unterbringung von Personen im Freiheitsentzug.

Gegenüber der Schweiz identifizierten internationale Gremien die Überbelegung von Haftanstalten als schwerwiegendstes infrastrukturelles Problem. Diese Einschätzung gilt aber nicht für alle Haftinstitutionen: Obwohl die Belegungsrate im schweizerischen Freiheitsentzug generell hoch ist⁶⁶, wurde namentlich das Gefängnis Champ-Dollon in Genf für seine chronische Überbelegung gerügt: Neben dem Menschenrechtsausschuss⁶⁷ und dem CAT⁶⁸ nahm sich insbesondere der CPT in seinem Bericht aus dem Jahre 2008 detailliert den Problemen von Champ-Dollon und wies auf die dadurch verursachten Problemfelder der fehlenden Hygiene, misslichen Verpflegung und der ungenügenden Erholungsmöglichkeiten hin.⁶⁹ Zur Behebung dieses Defizits verwies der CPT die Schweiz auf die Empfehlungen des Ministerkomitees des Europarates über die „Überbelegung in den Strafanstalten sowie übermässiger Anstieg der Zahl inhaftierter Personen“.⁷⁰ Der CAT andererseits empfahl der Schweiz in seinen abschliessenden Bemerkungen von 2010, vermehrt von alternativen und nicht-freiheitsentziehenden Massnahmen Gebrauch zu machen und die Untersuchungshaft generell zu verkürzen.⁷¹

Daneben rügte der CPT auch die Gebäudeinfrastruktur verschiedener Haftenrichtungen. So etwa Zellen, die sich nicht für einen längeren Aufenthalt eignen⁷² und fehlende Örtlichkeiten, welche den Inhaftierten für die Bewegung im Freien zur Verfügung stehen.⁷³

Ebenfalls primär die Bauinfrastruktur beschlägt das Gebot der Trennung verschiedener Insassenkategorien. Diese in internationalen Abkommen und Empfehlungen verankerte Vorschrift gebietet die Trennung von Untersuchungs- und Strafgefangenen, von männlichen und weiblichen Gefangenen sowie von jugendlichen und erwachsenen Gefangenen.⁷⁴ Infolge des unterschiedlichen Haftregimes sind zudem Personen in Administrativhaft getrennt von anderen Insassen und Insassinnen in Untersuchungshaft oder im Strafvollzug unterzubringen.⁷⁵

In diesem Sinn empfahl der CAT in seinen abschliessenden Bemerkungen im Jahre 2010 der Schweiz Massnahmen zu treffen, um Jugendliche und Erwachsene sowie Häftlinge unter verschiedenen Haft-

⁶⁵ Insb. Ziff. 17.1-18.10. Diese beruhen auf den Vorgaben der „Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners“, Ziff. 9 ff., weiter äussern sich spezifische Resolutionen und Empfehlungen des Ministerkomitees des Europarates zu infrastrukturellen Anforderungen an Anstalten des Freiheitsentzugs (siehe z.B. Empfehlung R(99) 22 über die Überbelegung in den Strafanstalten sowie den übermässigen Anstieg inhaftierter Personen).

⁶⁶ Im Jahr 2010 betrug sie 92.5%; Bundesamt für Statistik, Statistik des Freiheitsentzuges, Kennzahlen.

⁶⁷ Vgl. MRA, Concluding Observations Switzerland 2009, Ziff. 17.

⁶⁸ Vgl. CAT, Concluding Observations Switzerland 2010, Ziff. 17.

⁶⁹ Vgl. CPT/Inf (2008) 33, S. 52-59. Siehe mehr zu diesen Folgeproblemen unter II.3.1.1.b.

⁷⁰ Siehe Empfehlung R(99) 22 über die Überbelegung in den Strafanstalten sowie den übermässigen Anstieg inhaftierter Personen.

⁷¹ Vgl. CAT, Concluding Observations Switzerland 2010, Ziff. 17.

⁷² Vgl. CPT/Inf (2008) 33, S. 51. Auf ähnliche Mängel wurde schon 2001 beim Besuch von St. Galler Gefängnissen verwiesen. Siehe dazu CPT/Inf (2002) 4, Ziff. 98.

⁷³ Vgl. CPT/Inf (2008) 33, S. 51 f. Im Falle des Gefängnisses Champ-Dollon wurde zusätzlich das Fehlen einer Brandmeldeanlage (inkl. kompetentes Personal zur Brandverhütung) kritisiert; CPT/Inf (2008) 33, Ziff. 128.

⁷⁴ Vgl. Art. 10 Abs. 2 und 3 Pakt II für Trennung Verurteilte/Nichtverurteilte und Erwachsene/Jugendliche und z.B. die Europäischen Strafvollzugsgrundsätze, Ziff. 18.8. und 18.9.

⁷⁵ Vgl. CPT-Standards, S. 63, Ziff. 29. Siehe hinten II.3.1.1.d.

regimen zu trennen, ohne dabei auf konkrete Beispiele einzugehen.⁷⁶ Der CPT ging bei der letzten Überprüfung von Haftanstalten nicht auf die Einhaltung des Trennungsgebots ein.

c. Zu den Haftbedingungen im strafrechtlichen Normalvollzug

Neben der (Gebäude-)Infrastruktur verlangt das Gebot einer menschenrechtskonformen Ausgestaltung der Haftbedingungen die Beachtung weiterer Kriterien. Angesprochen sind dabei vor allem die Bereiche Hygiene (inkl. Textilien), Nahrung, Bewegungs-/Erholungsmöglichkeiten und alternative Gestaltungsmöglichkeiten des Vollzugs (inkl. Arbeit und Aus- und Weiterbildung). Zu diesen Bereichen enthalten sowohl die europäischen Strafvollzugsgrundsätze wie auch die CPT-Standards detaillierte Vorgaben.⁷⁷ Daneben beschäftigen sich teilweise weitere Empfehlungen des Ministerkomitees des Europarates ausführlicher mit einzelnen dieser Themenbereiche.⁷⁸

Die CPT-Standards beurteilen einen ungehinderten Zugang zu sauberen Toiletten und generell die Einhaltung eines guten Hygienestandards als „wesentliche Komponenten einer menschenwürdigen Umwelt“.⁷⁹ Trotz einer grundsätzlich gut ausgebauten Hygieneinfrastruktur in der Schweiz wurde bei den CPT-Besuchen verschiedentlich auf hygienische Missstände hingewiesen.⁸⁰

Laut den europäischen Strafvollzugsgrundsätzen sollen „Gefangene eine nährstoffreiche Nahrung erhalten, welche ihrem Alter, ihrer Gesundheit, ihrem körperlichen Zustand, ihrer Religion und Kultur sowie der Art ihrer Arbeit Rechnung trägt“⁸¹ und die zudem unter „hygienischen Bedingungen zuzubereiten und auszugeben“⁸² ist. Grundsätzlich werden diese Standards in Schweizer Gefängnisse eingehalten. Trotzdem gab es vereinzelte Kritik betreffend die Nahrungsdistribution und die allgemeine Kücheninfrastruktur.⁸³

Der CPT betont in seinen Standards, ein zufriedenstellendes Aktivitätenprogramm sei von herausragender Bedeutung für das Wohlbefinden der Gefangenen. Namentlich sollte jede inhaftierte Person einen angemessenen Teil des Tages (laut CPT mindestens 8 Stunden) ausserhalb der Zelle verbringen können und dabei mindestens eine Stunde pro Tag die Möglichkeit haben, sich unter freiem Himmel zu bewegen.⁸⁴ Gemäss dem CPT verfügen indessen nicht alle Schweizer Haftanstalten über ein genügendes Aktivitätenprogramm und über die Möglichkeit, sich acht Stunden ausserhalb der Zelle bzw. eine Stunde pro Tag an der frischen Luft aufzuhalten.⁸⁵

⁷⁶ Vgl. CAT, Concluding Observations Switzerland 2010, Ziff. 17.

⁷⁷ Vgl. Europäische Strafvollzugsgrundsätze, Ziff. 19.1-21 für Hygiene und Kleidung/Bettzeug, Ziff. 22.1-22.6 für Ernährung, Ziff. 25.1-25.4 und 27.1-27.7 für Bewegung/Erholungsmöglichkeiten und Ziff. 26.1-26.17 und 28.1.-28.7 für alternative Gestaltungsmöglichkeiten. CPT-Standards, S.17 f., Ziff. 47-48 für Bewegung/Erholungsmöglichkeiten, S. 18, Ziff. 49-50 für Hygiene.

⁷⁸ Siehe z.B. Empfehlung R(75) 25 über Gefängnisarbeit und Empfehlung R(89) 12 über Weiterbildung im Strafvollzug.

⁷⁹ CPT-Standards, S. 18, Ziff. 49.

⁸⁰ So zuletzt im Jahre 2007, wo der CPT bei Gefängnisbesuchen in den Kantonen Genf und Aargau hygienische Mängel festgestellt hat. Im Gefängnis Champ-Dollon wurden hygienische Unzulänglichkeiten bei den Nasszonen festgestellt, welche behoben werden sollten (CPT/Inf (2008) 33, Ziff. 120 und 121). In der Justizvollzugsanstalt Lenzburg wurde auf das Fehlen von genügenden Duschmöglichkeiten hingewiesen (CPT/Inf (2008) 33, Ziff. 104.). Der CPT empfahl dem Gefängnis Aarau-Amtshaus seinen Insassen genügend Produkte für die persönliche Körperhygiene sowie für das Reinigen ihrer Zellen zur Verfügung zu stellen (CPT/Inf (2008) 33, Ziff. 110).

⁸¹ Europäische Strafvollzugsgrundsätze, Ziff. 22.1.

⁸² Europäische Strafvollzugsgrundsätze, Ziff. 22.3.

⁸³ Der CPT stellte wiederum im Genfer Gefängnis Champ-Dollon Mängel in diesem Bereich fest. Neben langen Distributionswegen (kalte Nahrung) wurde vor allem der schlechte und unhygienische Zustand der Küche bemängelt (CPT/Inf (2008) 33, Ziff. 122). Ein Neubau der Küche sollte dabei laut CPT eine hohe Priorität geniessen (CPT/Inf (2008) 33, Ziff. 125).

⁸⁴ CPT-Standards, S. 17 f., Ziff. 47 und 48. Ähnlich die Europäischen Strafvollzugsgrundsätze, Ziff. 25.1-27.7.

⁸⁵ In seinen Empfehlungen an die Schweiz hielt der CPT fest, dass die Aargauer, Berner, Genfer und Zürcher Behörden ihre Bemühungen den Gefangenen ein entsprechendes Aktivitätenprogramm zu bieten, fortsetzen sollen (CPT/Inf (2008) 33, Ziff. 110, 111, 132 und 135). Zusätzlich verwies der CPT im Fall der Aargauer Gefängnisse

d. Zum ausländerrechtlichen Haftregime

Ausländische Staatsangehörige in Administrativhaft wurden vom CPT seit Beginn seiner Tätigkeiten als besonders schutzbedürftige Kategorie eingestuft.⁸⁶ Laut den CPT-Standards müssen Personen, denen aufgrund ausländerrechtlichen Vorschriften für längere Zeit die Freiheit entzogen wird, in speziell für diesen Zweck vorgesehenen Zentren untergebracht werden. Dort soll jeder Eindruck einer Gefängnisumgebung vermieden werden.⁸⁷ Gemäss CPT entsprachen jedoch in der Schweiz die Haftbedingungen zu oft mehr dem normalen Strafvollzug als einem ausländerrechtlichen Haftregime. Das ausländerrechtliche Haftregime bildet seither einen Schwerpunkt der CPT-Besuche in der Schweiz. Bei jedem der bisherigen fünf Besuche wurde daher die Administrativhaft in einem gesonderten Kapitel des CPT-Länderberichts abgehandelt, wobei ersichtlich ist, dass das Thema über die Jahre an Gewichtung zunahm.

Der CPT traf beim Besuch ausländerrechtlicher Haftanstalten regelmässig Umstände an, die auf einen allgemeinen Gefängnischarakter hindeuten. Die materiellen Bedingungen der ausländerrechtlichen Haft unterscheiden sich nicht wesentlich von normalen Haftregimen.⁸⁸ Bei den materiellen Haftbedingungen wurden zudem gewisse infrastrukturelle Mängel festgestellt.⁸⁹ Verstärkt wird der Gefängnischarakter durch Defizite beim Aktivitätenprogramm.⁹⁰ Zusätzlich wird in der ausländerrechtlichen Haft der Kontakt zur Aussenwelt faktisch gleichermassen restriktiv gehandhabt wie im normalen Strafvollzug.⁹¹ Neben klassischen ausländerrechtlichen Haftregimen wurden durch den CPT die Räumlichkeiten für „INAD“⁹² und Asylsuchende besucht. Auch dort wurden ähnliche Mängel wie bei den Ausschaffungszentren festgestellt.⁹³ Neben dem CPT erkannte auch der CAT in seinen Schlussbemerkungen 2005 die Problematik rund um Asylbewerber, die am Flughafen zurückgehalten werden. Der Ausschuss stellte fest, dass in diesen Fällen die Asylbewerber nicht genügend über ihr Recht sich im Freien bewegen und medizinische Hilfe beanspruchen zu können, informiert wurden.⁹⁴

e. Zum Regime der Hochsicherheitshaft

Laut den CPT-Standards gibt es in jedem Land eine kleine Anzahl von Gefangenen, „die als besonders hohes Sicherheitsrisiko angesehen werden und deshalb besondere Haftbedingungen erfordern“.⁹⁵

nochmals auf die Regelung der Möglichkeit sich eine Stunde pro Tag an der frischen Luft zu bewegen und beim Zürcher Gefängnis auf die Einhaltung des angemessenen Teils, welcher ausserhalb der Zelle verbracht werden soll (CPT/Inf (2008) 33, Ziff. 109 und 135). Die vom CPT vorgebrachten Kritikpunkte beim Besuch von Freiburger und St. Galler Gefängnisse im Jahre 2001 zeigten in eine ähnliche Richtung (CPT/Inf (2002) 4, Ziff. 95, 97 und 102).

⁸⁶ Vgl. CPT-Standards, S. 61 ff., Ziff. 24 ff. Als „Immigrationshäftlinge“ gelten nach CPT alle ausländischen Staatsangehörigen, denen ihre Freiheit nach ausländerrechtlichen Vorschriften entzogen worden ist.

⁸⁷ Vgl. CPT-Standards, S. 63, Ziff. 29.

⁸⁸ Vgl. CPT/Inf (2008) 33, Ziff. 75.

⁸⁹ Bezüglich Aufenthaltsbedingungen wurden vom CPT bei seinem Besuch 2007 die tiefe Temperatur und die schlechte Belüftung in gewissen Zellen des Ausschaffungszentrums Granges/VS kritisiert (CPT/Inf (2008) 33, Ziff. 75).

⁹⁰ Der CPT empfahl dem Ausschaffungszentrum Granges ein eigentliches Beschäftigungsprogramm zu entwickeln (CPT/Inf (2008) 33, Ziff. 77). Schon beim CPT-Besuch 2001 wurden die Spaziermöglichkeiten für Frauen sowie Mängel beim Aktivitätenprogramm im Flughafengefängnis Zürich (sogenanntes Gefängnis Nr. 2) kritisiert (CPT/Inf (2002) 4, Ziff. 69 und 70).

⁹¹ Vgl. z.B. CPT/Inf (2002) 4, Ziff. 74 und 75.

⁹² Sog. inadmissible persons; d.h. Personen, die sich mangels der für den ursprünglichen Zielstaat erforderlichen Reisedokumente im Transitbereich des Flughafens aufhalten.

⁹³ Dabei wurden bei den „INAD“-Räumlichkeiten des Flughafens Genf folgende Punkte kritisiert: Kälte in den Schlafräumen während der Nacht; keine Fenster in allen Räumen; kein Zugang zu einem Bereich im Freien (CPT/Inf (2008) 33, Ziff. 91). 2001 und 2003 wurden die gleichen Einrichtungen im Kanton Zürich besucht. Die fehlenden Möglichkeiten zum Aufenthalt im Freien wurden schon 2001 kritisiert und bei einem Folgebesuch 2003 wiederholt (CPT/Inf (2002) 4, Ziff. 62 und 67; CPT/Inf (2004) 38, Ziff. 33). Zudem fehlten 2001 geeignete Spielmöglichkeiten für Kinder (CPT/Inf (2002) 4, Ziff. 67).

⁹⁴ Vgl. CAT, Concluding Observations Switzerland 2005, Ziff. 4 (i).

⁹⁵ CPT-Standards, S. 29, Ziff. 32.

Diese Haftbedingungen erhöhen gemäss dem CPT das Risiko, unmenschliche und erniedrigende Bedingungen in der Hochsicherheitshaft vorzufinden.⁹⁶ Die Gefangenen sollten daher innerhalb der Begrenzung ihres Gefängnistraktes ein relativ gelockertes Regime als Kompensation für ihre grundsätzlich strengeren Haftbedingungen vorfinden, wo Wert auf ein zufriedenstellendes Aktivitätenprogramm gelegt wird und den Insassen die Möglichkeit geboten wird, den Unterbringungsentscheid regelmässig überprüfen zu lassen.⁹⁷

Der CPT besuchte im Jahre 2007 drei verschiedene Hochsicherheitsabteilungen in Schweizer Gefängnissen.⁹⁸ Generell wurden die materiellen Haftbedingungen innerhalb der Zellen nicht beanstandet.⁹⁹ Kritik wurde hingegen hinsichtlich der Gestaltung und eingeschränkten Benutzung der Spazierhöfe geäussert.¹⁰⁰ So bezeichnete der CPT die Haftregime innerhalb der Hochsicherheitsabteilungen als ein Regime der Isolation. Die Häftlinge hatten zu keinem Zeitpunkt - auch nicht beim Arbeiten oder Spazieren - Kontakt zu ihren Mitgefangenen.¹⁰¹ Gemäss dem CPT bergen solche Regime der Isolation die Gefahr, dass es längerfristig bei den Insassen zu einer Verminderung der sozialen Fähigkeiten kommen kann.¹⁰² Als weiteres grosses Problem bezeichnete der CPT die architektonischen und personellen Strukturen, die in keiner Abteilung geeignet waren, um Häftlinge mit psychischen Störungen zu betreuen.¹⁰³

f. Zum Regime der Verwahrungshaft

Der Todesfall einer verwahrten Person im Jahr 2010 und die Aufnahme von Bestimmungen zur lebenslangen Verwahrung in die Verfassung¹⁰⁴ führten dazu, dass die Verwahrungshaft Eingang in die abschliessenden Bemerkungen des CAT von 2010 fand.¹⁰⁵ Dieser Ausschuss zeigte sich besorgt über die Haftbedingungen bei der Verwahrung. Insbesondere forderte er die Schweiz auf Haftbedingungen lebenslang Verwahrter zu überprüfen. Neben dem CAT interessiert sich zunehmend auch der CPT für die Situation von Verwahrten in Schweizer Gefängnissen. Im Bericht zum Besuch des CPT im Jahr 2007 wurde das erste Mal gesondert auf die Situation Inhaftierter, bei denen eine stationäre Behandlung oder eine Verwahrung angeordnet wurde, hingewiesen. Bei den Bemerkungen zu den Haftbedingungen wurde vor allem die medizinische Versorgung kritisiert.¹⁰⁶

g. Zum Polizeigewahrsam

Nach den CPT-Standards sollte der Polizeigewahrsam grundsätzlich von relativ kurzer Dauer sein. Daher könne nicht erwartet werden, dass „die physischen Haftbedingungen ebenso gut sind wie an anderen Haftorten, an denen Personen über längere Zeiträume festgehalten werden“.¹⁰⁷ Bestimmte elementare materielle Anforderungen müssen jedoch auch beim Polizeigewahrsam beachtet werden.¹⁰⁸ Beim Besuch im Jahr 2007 bemängelte der CPT die materiellen Bedingungen des Polizeigewahrsams in sämtlichen besuchten Kantonen.¹⁰⁹ In den meisten Fällen wurde moniert, gewisse Zellen seien infolge ihrer Grösse und Ausstattung gar nicht oder nur für einen sehr kurzen Aufenthalt geeignet. Dies veranlasste den CPT die Behörden aufzufordern, die materiellen Bedingungen in den Poli-

⁹⁶ Vgl. CPT/Inf (2008) 33, Ziff. 136.

⁹⁷ CPT-Standards, S. 29, Ziff. 32.

⁹⁸ Lenzburg/AG, Pöschwies/ZH und Thorberg/BE.

⁹⁹ Vgl. CPT/Inf (2008) 33, Ziff. 139.

¹⁰⁰ Vgl. CPT/Inf (2008) 33, Ziff. 140.

¹⁰¹ Vgl. CPT/Inf (2008) 33, Ziff. 141.

¹⁰² Vgl. CPT/Inf (2008) 33, Ziff. 142.

¹⁰³ Vgl. CPT/Inf (2008) 33, Ziff. 138. Siehe mehr dazu unter II.3.1.1.h.

¹⁰⁴ Art. 123a BV.

¹⁰⁵ Vgl. CAT, Concluding Observations Switzerland 2010, Ziff. 18.

¹⁰⁶ Vgl. CPT/Inf (2008) 33, Ziff. 161 ff. Siehe mehr dazu unter II.3.2.1.

¹⁰⁷ CPT-Standards, S. 8, Ziff. 42.

¹⁰⁸ Vgl. CPT-Standards, S. 8, Ziff. 42 f.

¹⁰⁹ Vgl. CPT/Inf (2008) 33, Ziff. 57-62.

zeinrichtungen aller Kantone zu überprüfen.¹¹⁰ Schon beim CPT-Besuch 2001 wurden ähnliche Mängel bei den materiellen Bedingungen in den besuchten Polizeizellen festgestellt.¹¹¹ Zudem forderte der CPT schon damals die Schweizer Behörden auf, die CPT-Kriterien bei der Renovation oder beim Bau neuer Zellen für die Polizeihaft zu berücksichtigen.¹¹²

h. Zum zwangsweisen Aufenthalt in psychiatrischen Einrichtungen

Der CPT ist ermächtigt, die Behandlung aller Kategorien von Personen zu untersuchen, denen die Freiheit durch eine staatliche Anordnung entzogen wurde, d.h. auch von Personen, welche sich gegen ihren Willen oder ohne ihr Einverständnis in einer psychiatrischen Einrichtung aufhalten. Im Jahre 2001 besuchte der CPT daher die psychiatrische Klinik Littenheid/SG. Er empfahl auch hier, dass alle Patientinnen und Patienten, sofern keine medizinischen Gründe dagegen sprechen, sich mindestens eine Stunde pro Tag an der frischen Luft bewegen können.¹¹³ Ansonsten wurden die Aufenthaltsbedingungen als gut taxiert. Nach dem Jahr 2001 scheinen keine weiteren psychiatrischen Einrichtungen durch den CPT untersucht worden zu sein.¹¹⁴

3.1.2. Situation in der Schweiz

a. Im Bereich der allgemeinen Infrastruktur

Art. 123 Abs. 3 BV gibt dem *Bund* die Möglichkeit, den Kantonen Beiträge für die Errichtung von Anstalten oder für die Verbesserung im Straf- und Massnahmenvollzug zu gewähren. Die Ausgestaltung dieser Lenkungsmöglichkeit des Bundes durch Beiträge an die Kantone ist im Bundesgesetz über die Leistungen des Bundes für den Straf- und Massnahmenvollzug geregelt.¹¹⁵ Die in diesem Gesetz vorgesehenen Leistungen sollen nach Art. 1 dazu beitragen die einheitliche Anwendung der Vorschriften und Grundsätze des Straf- und Massnahmenvollzugsrechts sicherzustellen. Der Bund kann damit durch die Bereitstellung von finanziellen Beiträgen direkt auf die infrastrukturelle Ausgestaltung von Haftanstalten einwirken, indem er Minimalvorgaben (etwa im Bereich Zellengrösse und Möglichkeiten für Bewegung im Freien) als Bedingung für finanzielle Unterstützung vorgibt. Im Jahr 2009 beliefen sich die Bundesbeiträge für den Neu-, Um- oder Ausbau von Strafvollzugs- und Massnahmenanstalten auf 17 Millionen Franken.¹¹⁶

Die *Kantone* versuchten in den letzten Jahren durch verschiedene Massnahmen infrastrukturelle Probleme, wie z.B. die Überbelegung, das Trennungsgebot oder die medizinische Versorgung, anzugehen. In der Periode von 2000-2008 haben die Kantone etliche Einrichtungen des Freiheitsvollzugs erweitert¹¹⁷, umgebaut¹¹⁸ oder renoviert¹¹⁹. Zudem fanden in einigen Anstalten nötige Umstrukturie-

¹¹⁰ Vgl. CPT/Inf (2008) 33, Ziff. 62.

¹¹¹ Vgl. CPT/Inf (2002) 4, Ziff. 22, 23 und 25.

¹¹² Vgl. CPT/Inf (2002) 4, Ziff. 26.

¹¹³ Vgl. CPT/Inf (2002) 4, Ziff. 165.

¹¹⁴ Hingegen besuchte die NKVF auch solche Einrichtungen: Vgl. NKVF, Bericht Münsterlingen 2010.

¹¹⁵ BG vom 5. Okt. 1984 über die Leistungen des Bundes für den Straf- und Massnahmenvollzug (SR 341).

¹¹⁶ An Modellversuchen im Erwachsenenbereich beteiligte sich der Bund mit rund 1 Million Franken. Siehe dazu Bundesamt für Justiz, Strafen und Massnahmen in der Schweiz, System und Vollzug für Erwachsene und Jugendliche: ein Überblick, S. 3 (Feb. 2010).

¹¹⁷ So z.B. das Bezirksgefängnis Liestal (2002: Kapazitätserweiterung), Bezirksgefängnis Sissach (2006: Erweiterungsbau), Gefängnis Pfäffikon (2002: Inbetriebnahme der Sicherheitsabteilung), kantonale Strafanstalt Sennhof (2003: Inbetriebnahme der neuen Abteilung Vorbereitungs- und Ausschaffungshaft), kantonale Strafanstalt Zug (2004: Temporäre Kapazitätserweiterung in der Abteilung Ausschaffungshaft), Kantonalgefängnis Frauenfeld (2006: Erweiterungsbau), Prison de Bulle (2007: Temporäre Kapazitätserweiterung), Prison de La Tuilière (2005: Temporäre Kapazitätserweiterung), Prison régionale de Moutier (2005: Bau von zusätzlichen Zellen), Regionalgefängnis Bern (2006: Kapazitätserweiterung), Untersuchungs- und Strafgefängnis Stans (2007: Temporäre Kapazitätserweiterung in der Abteilung Ausschaffungshaft), Untersuchungsgefängnis Basel-Stadt (2004: Kapazitätserweiterung).

¹¹⁸ So z.B. das Bezirksgefängnis Liestal (2007: Umbau einer Zelle zu einer Krankenzelle), Etablissement de Favra (2004: Provisorische Schliessung wegen Umbau), Gefängnis Horgen (2007: Umbau), Gefängnis St. Gallen (2006: Umbau und Renovation), Inselspital Bewachungsstation (2004: Inbetriebnahme der neuen Bewachungsstation),

rungen zur Qualitätsverbesserung statt.¹²⁰ Zusätzlich wurden seit dem Jahr 2000 mehrere Anstalten gänzlich neu gebaut.¹²¹ So reagierten auch die Genfer Behörden auf die sich von internationalen Gremien wiederholende Kritik der Überbelegung des Gefängnisses Champ-Dollon mit Um- und Neubaumassnahmen.¹²²

b. Im Bereich des Normalvollzugs

Eine Analyse der Berichtspraxis der internationalen Überwachungsorgane zeigt, dass zwar auch im Bereich des strafrechtlichen Normalvollzugs immer wieder Einzelbereiche moniert wurden. Diese Kritik wurde von den zuständigen Behörden meist akzeptiert und Änderungen wurden vorgenommen.¹²³ Strukturelle Probleme von grundsätzlicherer Art, die auch normative Änderungen bedingen würden, wurden in diesem Haftregime aber kaum identifiziert. Mit ein Grund für diese erfreuliche Tatsache liegt sicherlich in der langjährigen Praxis des Bundesgerichts, das etwa in den Bereichen der Verpflegung¹²⁴, Zellengrösse¹²⁵ und Religion/Kultusfreiheit¹²⁶ Standards gesetzt hat, welche auch unter einer internationalen Optik nicht zu beanstanden sind.

Ein Bereich hingegen, der immer wieder durch den CPT im Zusammenhang mit Haftbedingungen aufgegriffen wurde, ist das Recht auf eine *Stunde Bewegung an der frischen Luft*. Die grosse Mehrheit der Kantone verfügt über eine Norm zur Bewegung im Freien, wobei alle – bis auf den Kanton Waadt – diesen Bereich auf Verordnungsstufe regeln.¹²⁷ Über keine Bestimmung zu dieser Thematik verfügen die Kantone Zug, Thurgau und Genf.

Auch das Bundesgericht konkretisierte das Recht auf Bewegung im Freien dahingehend, dass inhaftierte Personen nach einer Woche in Haft einen Anspruch auf einen halbstündigen und nach einem Monat auf einen stündigen Spaziergang im Freien haben.¹²⁸ Diese höchstrichterliche Praxis setzten die Kantone, welche die Bewegung im Freien rechtlich regulieren, in den entsprechenden Verordnungen um. Im Gegensatz zur medizinischen Betreuung sind die Normierungsunterschiede gering.

kantonales Untersuchungsgefängnis Klosterhof (2008: Umbau und Renovationsarbeiten), Regional- u. Untersuchungsgefängnis Kreuzlingen (2003: Zellenumbau), Regional- u. Untersuchungsgefängnis Steckborn (2004: Umbau; Namensänderung), Regionalgefängnis Bern (2007: Umbau von 8 Zellen; Inbetriebnahme einer Abteilung für Durchsetzungs- und Ausschaffungshaft).

¹¹⁹ So z.B. im Bezirksgefängnis Bremgarten (2008: Renovation des Gefängnistraktes), Bezirksgefängnis Sissach (2002 und 2006: Renovation), kantonales Gefängnis Glarus (2001: Renovation), Untersuchungsgefängnis Basel-Stadt (2006: Renovation der Sicherheitsanlagen).

¹²⁰ So z.B. im Bezirksgefängnis Fraubrunnen (2007: Personalbewirtschaftung durch das Regionalgefängnis Burgdorf), Bezirksgefängnis Sissach (2005: Vermietung an den Kanton Basel-Stadt für den Vollzug von Kurzstrafen), Grosshof Haftanstalt und Untersuchungsgefängnis (2003: Übernahme des Bezirksgefängnisses Sursee als Aussenstelle). Bei mehreren Anstalten kam es zudem zu Kapazitätsverminderungen, um so eine Erhöhung des generellen Lebensstandards herbeizuführen.

¹²¹ So z.B. das Carcere giudiciare "Farera" (2006), kantonales Gefängnis Appenzell Ausserrhoden (2007), Kantonsgefängnis Sicherheitsstützpunkt Biberbrugg (2007), Regionalgefängnis Altstätten (2003), Regionalgefängnis Thun (2001). Ein weiteres Neubauprojekt besteht etwa in Burgdorf.

¹²² Der Neubau von La Brenaz (2008/68 Plätze) hatte vorerst nicht wirklich zur Entspannung der Lage geführt. Daher wurde mit der Eröffnung eines neuen Trakts am 25. Juli 2011 die Kapazität des Gefängnisses zusätzlich von 270 auf 370 Plätze erhöht.

¹²³ Vgl. z.B. CPT/Inf (2008) 34, Ziff. 57, 60, 62 (Polizeigewahrsam); CPT/Inf (2008), Ziff. 92 (ausländerrechtliche Haft); CPT/Inf (2008) 34, Ziff. 121, 124, 128 (Strafanstalten).

¹²⁴ Vgl. BGE 99 Ia 262, S. 278 und 289; BGE 118 Ia 360, S. 360; BGE 118 Ia 64, S. 78-80.

¹²⁵ Vgl. 123 I 221, S. 233.

¹²⁶ Vgl. BGE 106 Ia 277, S. 291 (geistige Betreuung); BGE 129 I 74, S. 77 (Besuch gemeinsamer Gottesdienste); BGE 113 Ia 304, S. 305 (Gottesdienstordnung); BGE 129 I 74, S. 81 (Anspruch auf Arbeitsbefreiung).

¹²⁷ Siehe z.B. ZH, § 107, Justizvollzugsverordnung.

¹²⁸ Vgl. BGE 118 Ia 64, E. 3c, k, t, S. 76 ff.; BGE 122 II 49, E. 5a, S. 52 ff.; BGE 118 Ia 360, E. 3c, S. 364; BGE 122 I 222, E. 4b, S. 230 (Administrativgefangene).

c. Im Bereich spezifischer Haftregime

Die *ausländerrechtliche* Haft erfordert meist keine Beschränkungen des Kontakts mit der Aussenwelt. Das Bundesgericht hält demnach in seiner Rechtsprechung fest, dass etwa ein Anspruch auf freien und unbeaufsichtigten Telefonverkehr¹²⁹, auf unkontrollierten Briefverkehr¹³⁰, auf unbeaufsichtigte Besuche¹³¹ und auf Kontakt zu anderen Administrativhäftlingen¹³² besteht. Idealerweise wird diese Haft daher in speziellen für die Bedürfnisse der ausländerrechtlichen Haft eingerichteten Gebäulichkeiten vollzogen.¹³³ Wie die Praxis der NKVF illustriert, gibt ein Vollzug in einer gesonderten Einrichtung indes keine Gewähr, dass in solchen Einrichtungen nicht ein ausgeprägter Gefängnischarakter vorherrscht und Beschränkungen der persönlichen Freiheit über das vom Haftzweck geforderte hinausgehen.¹³⁴ In der Realität wird zudem die Administrativhaft häufig in Einrichtungen vollzogen, die auch dem Strafvollzug oder der Untersuchungshaft dienen und die daher schon aus baulichen Gründen kaum geeignet sind, Administrativinhaftierte menschenrechtskonform aufzunehmen.¹³⁵ Mit ein Grund für diese Sachlage dürfte sein, dass zwar eine mittlerweile reiche Gerichtspraxis verschiedene Einzelheiten der Haftmodalitäten der ausländerrechtlichen Haft vorgibt, hingegen die Besonderheiten dieser Haftform noch zu wenig deutlich Niederschlag in den kantonalen Vollzugserlassen und Hausordnungen gefunden haben.

Zumindest auf normativer Ebene finden sich, soweit ersichtlich, in Strafvollzugserlassen und Hausordnungen keine spezifischen Regelungen, die Abweichungen der Normalvollzugsmodalitäten gegenüber rechtlich oder faktisch lebenslang *Verwahrten* etwa im Bereich der Arbeitspflicht nach Erreichen des Pensionsalters oder generell für die Phase nach Verbüssung ihrer Strafe vorsehen.

3.1.3. Handlungsbedarf

Die Gefängnisinfrastruktur und die Haftbedingungen in schweizerischen Anstalten des Freiheitsentzuges weisen auch im internationalen Vergleich ein ausserordentlich hohes Niveau auf. So beschlagen denn auch die Empfehlungen namentlich des CPT in aller Regel keine strukturellen Defizite, sondern meist anstaltsspezifische Problembereiche.

Diese Einschätzung gilt hingegen zumindest nicht vollständig für Sonderregime des Freiheitsentzuges:

- So illustrieren die Empfehlungen der menschenrechtlichen Überwachungsorgane, dass die *ausländerrechtliche Administrativhaft* – zwar mit unterschiedlichen anstaltsspezifischen Nuancen, aber doch generell – in einer klassischen „Gefängnisumgebung“ vollzogen wird. Dies widerspricht nicht nur menschenrechtlichen Vorgaben, sondern auch dem Zweck dieses Freiheitsentzuges, der ausschliesslich die Sicherstellung der Ausreise gewährleisten soll. Das Bundesgericht hat in zahlreichen Urteilen die Grenzen zu Einzelpunkten der während dieser Haft zulässigen Freiheitsbeschränkungen Stellung genommen. Angesichts der stetigen Kritik und der offenkundigen Tatsache, dass Administrativinhaftierte ihre Haft oft in Anstalten absitzen, die auch der Untersuchungshaft oder dem Strafvollzug dienen, drängt sich u.E. in diesem Bereich eine umfassende Analyse der menschenrechtlich zulässigen Beschränkungen während dieses Freiheitsentzuges auf. Basierend auf den internationalen Vorgaben, der Praxis des Bundesgerichts und kantonaler

¹²⁹ BGE 122 II 299, E. 6b, S. 311.

¹³⁰ BGE 122 I 222, E. 6, S. 232 f.

¹³¹ BGE 122 I 222, E. 5b, S. 231 f.

¹³² BGE 122 II 299, E. 8b, S. 313 f.

¹³³ Bis heute existieren schweizweit erst acht Ausschaffungszentren, die spezifisch für die ausländerrechtliche Haft konzipiert wurden (dies in den Kantonen BS, VS, GE, ZH, SG und LU).

¹³⁴ Siehe etwa NKVF, Bericht Granges 2010.

¹³⁵ In rund 20 Anstalten werden ausländerrechtliche Zwangsmassnahmen in Gebäuden vollzogen, welche zusätzlich Insassen aus dem normalen Strafvollzug oder der Untersuchungshaft beherbergen. Bei solchen Anstalten gilt es das Trennungsgebot besonders zu beachten. Eine zellenweise Trennung der verschiedenen Häftlingskategorien genügt diesem Gebot nicht, wohl aber eine Unterbringung in getrennten Abteilungen derselben Anstalt.

Verwaltungsgerichte sowie „best practices“ bestehender Gefängnisreglemente liessen sich etwa die wichtigsten Eckpunkte definieren und in einem ‚Musterreglement‘ zusammenfassen.

- Noch etwas weniger im Fokus der Überwachungsorgane steht gegenwärtig das Regime der *Verwahrungshaft*. Auch hier dürften sich indes zukünftig angesichts der zunehmenden Anzahl von teilweise lebenslang verwahrten Personen vermehrt Fragen stellen. So etwa nach den zulässigen Freiheitsbeschränkungen nach Verbüssen der Strafe, nach dem Umgang mit älteren und alten Inhaftierten (Arbeitspflicht, Unterbringung, Pflege etc.) sowie mit solchen mit schweren psychischen Problemen. In diesem Bereich stellen sich daher neben Infrastrukturaufgaben auch rechtliche Herausforderungen, die proaktiv anzugehen sind.

3.2. Medizinische Betreuung

3.2.1. Empfehlungen internationaler Überwachungsorgane

a. Zur medizinischen Betreuung im Allgemeinen

Personen, denen die Freiheit entzogen wurde, leiden weit häufiger an physischen und psychischen Problemen als die Allgemeinbevölkerung.¹³⁶ Dieser Zustand wird durch den Freiheitsentzug zusätzlich verstärkt. Eine genügende medizinische Betreuung stellt daher ein zentraler Aspekt der Menschenrechtskonformität von Haftbedingungen dar. Richtschnur für die geforderte Qualität des Gesundheitswesens ist dabei das sog. *Äquivalenzprinzip*.¹³⁷ Dieses verlangt die Gleichwertigkeit und Einheitlichkeit für diagnostische, therapeutische und präventive Gesundheitsmassnahmen innerhalb wie ausserhalb von Hafteinrichtungen. Mit anderen Worten, soll der „Strafvollzug (...) nur die Freiheit nehmen, nicht aber durch schlechtere medizinische Behandlung bestrafen“.¹³⁸

Gemäss den CPT-Standards führt ein inadäquates Niveau der Gesundheitsversorgung schnell zu Situationen, die in den Bereich von „unmenschlicher und erniedrigender Behandlung“ fallen.¹³⁹ Diese Sichtweise bestätigt auch die Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte.¹⁴⁰ Ein gut ausgestatteter Gesundheitsdienst kann nicht nur Misshandlungen entgegenwirken, sondern er erhöht generell die Lebensqualität in den entsprechenden Anstalten. Der CPT hat aus diesen Gründen mehrere Kapitel der CPT-Standards der gesundheitlichen Betreuung im strafrechtlichen Normalvollzug¹⁴¹ sowie spezifisch gegenüber Jugendlichen¹⁴², Frauen¹⁴³, Administrativhäftlingen¹⁴⁴ und Insassen psychiatrischer Einrichtungen¹⁴⁵ gewidmet. Zudem enthalten die Europäischen Strafvollzugsgrundsätze und die Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners der UNO detaillierte Bestim-

¹³⁶ Vgl. VAN ZYL SMIT/SNACKEN, S. 147.

¹³⁷ Siehe etwa Europäische Strafvollzugsgrundsätze Ziff. 40.3-40.5.

¹³⁸ BERND DIETER MEIER, Ärztliche Versorgung im Strafvollzug: Äquivalenzprinzip und Ressourcenknappheit, in Hillenkamp/Tag (Hrsg.), Intramurale Medizin: Gesundheitsfürsorge zwischen Heilauftrag und Strafvollzug, Berlin 2005, S. 35.

¹³⁹ Vgl. CPT-Standards, S. 31, Ziff. 30.

¹⁴⁰ So wurde im Fall *Hurtado v. Switzerland* von der Europäische Kommission für Menschenrechte festgestellt, dass nach Art. 3 EMRK der freiheitsentziehende Staat eine positive Verpflichtung hat die Gesundheit von Häftlingen zu schützen und dass das Fehlen von adäquaten medizinischen Behandlungen in solchen Situationen als unmenschliche Behandlung angesehen werden kann; EComHR, 17549/90, 8. Juli 1993, Ziff. 79. Diese positive Verpflichtung wurde vom EGMR in mehreren Urteilen wiederholt. So z.B. im Urteil *Kudla v. Poland* 30210/96 (2000), Ziff. 94, *Melnik v. Ukraine* 72286/01 (2006), Ziff. 104-106, *Nevmerzhitsky v. Ukraine* 54825/00 (2005), Ziff. 100-106 und *Kucheruk v. Ukraine* 2570/04 (2007), Ziff. 147-152.

¹⁴¹ Vgl. CPT-Standards, S. 31 ff., Ziff. 30-77.

¹⁴² Vgl. CPT-Standards, S. 88 f., Ziff. 37-41.

¹⁴³ Vgl. CPT-Standards, S. 93 f., Ziff. 30-33.

¹⁴⁴ Vgl. CPT-Standards, S. 71 f., Ziff. 90-92.

¹⁴⁵ Vgl. CPT-Standards, S. 43 ff., Ziff. 25-58.

mungen über die medizinische Betreuung.¹⁴⁶ Die Relevanz dieser Thematik illustriert ferner die Tatsache, dass das Ministerkomitee des Europarates zwei spezifische Empfehlungen diesem Thema widmete.¹⁴⁷

Die medizinische Versorgung von Personen im Freiheitsentzug stellt auch in der Schweiz ein Problem dar, das wiederholt von internationalen Gremien aufgegriffen worden ist. Der CAT äusserte in seinen Abschliessenden Bemerkungen im Jahr 2010 in genereller Weise seine Besorgnis über die gesundheitlichen Bedingungen und den Zugang zu Gesundheitsdienstleistungen für Inhaftierte.¹⁴⁸ Er empfahl der Schweiz Massnahmen zu treffen, um sicherzustellen, dass Gesetzgebung und Verfahren betreffend Gesundheitszugang bei allen Inhaftierten angewendet werden, namentlich auch bei Inhaftierten mit psychischen Erkrankungen.¹⁴⁹ Auch der CPT untersuchte bei seinen Besuchen regelmässig die gesundheitliche Situation im Schweizer Freiheitsentzug. Dieser Bereich bildet gar einen Schwerpunkt der CPT-Überprüfungen. Dabei wurde sowohl die medizinische Situation in normalen Strafanstalten als auch in den spezifischen Haftregimen analysiert.¹⁵⁰

b. Zur medizinischen Infrastruktur in personeller und räumlicher Hinsicht

Während der Haft sollten Gefangene gemäss dem CPT - unabhängig von ihrem Haftregime - jederzeit Zugang zu einer Ärztin oder einem Arzt erhalten.¹⁵¹ Dazu braucht es im Freiheitsentzug eine Mindestzahl an medizinischem Personal und eine medizinische Grundinfrastruktur. Laut den Europäischen Strafvollzugsgrundsätzen muss in jeder Justizvollzugsanstalt mindestens ein anerkannter Arzt für Allgemeinmedizin und angemessen ausgebildetes Personal im Bereich Gesundheitsfürsorge zur Verfügung stehen.¹⁵² Gemäss CPT verlangt dies einen Vollzeitmediziner oder -medizinerin pro 300 Insassen bzw. Insassinnen und einen Vollzeitkrankenpfleger oder -pflegerin pro 50 Insassen bzw. Insassinnen.¹⁵³ Zusätzlich sollte ein Psychiater oder eine Psychiaterin dem Gesundheitsdienst jedes Gefängnisses angeschlossen sein, da im Vergleich zur Allgemeinbevölkerung bei Gefangenen häufiger psychische Symptome auftreten.¹⁵⁴ Daneben steigen durch die demografischen Veränderungen der Haftpopulation, welche etwa auf der Zunahme von gerichtlich ausgesprochenen Verwahrungen gründen, die Anforderungen für die Anstalten im Betreuungsbereich.¹⁵⁵ Immer mehr Inhaftierte erreichen in Gefangenschaft das Pensionsalter.

In räumlicher Hinsicht müssen für die Behandlung Gefangener mit psychischen Krankheiten unter ärztlicher Leitung stehende spezialisierte Anstalten oder Abteilungen verfügbar sein.¹⁵⁶ So sollte der Gesundheitsdienst eines Gefängnisses über eine Infrastruktur verfügen, die es ihm ermöglicht, regelmässige Konsultationen und Notfallbehandlungen anzubieten (häufig durch eine eigene Spitalabteilung).¹⁵⁷ Nach Empfehlungen des Ministerkomitees des Europarates soll eine Vollzugsanstalt über „geeignete Räumlichkeiten, Einrichtungen und Geräte verfügen, die qualitativ mit den ausserhalb der

¹⁴⁶ Vgl. Europäische Strafvollzugsgrundsätze, Ziff. 39-48; ECOSOC, UN SMR, Ziff. 22-26.

¹⁴⁷ Vgl. Empfehlung R (93) 6 über Strafvollzugsbezogene und kriminologische Aspekte der Bekämpfung übertragbarer Krankheiten einschliesslich AIDS und damit zusammenhängender Gesundheitsprobleme im Strafvollzug; Empfehlung R (98) 7 über ethische und organisatorische Aspekte der gesundheitlichen Versorgung in Vollzugsanstalten.

¹⁴⁸ Vgl. CAT, Concluding Observations Switzerland 2010, Ziff. 17.

¹⁴⁹ Vgl. CAT, Concluding Observations Switzerland 2010, Ziff. 17.

¹⁵⁰ Siehe dazu anschliessend II.3.2.1.e und f.

¹⁵¹ CPT-Standards, S. 32, Ziff. 34. Zumindest in Untersuchungshaft besteht gemäss CPT ein Recht auf freie Arztwahl; vgl. CPT/Inf (2008) 33, Ziff. 49, und CPT-Standards, S. 13, Ziff. 42. Dies muss auch etwa für die Haftform der Halbgefangenschaft gelten.

¹⁵² Europäische Strafvollzugsgrundsätze, Ziff. 41.1 und 41.4.

¹⁵³ Vgl. CPT (2005) 20.

¹⁵⁴ Vgl. CPT-Standards, S. 34, Ziff. 41.

¹⁵⁵ So bedürften etwa in der Strafanstalt Pöschwies zunehmend mehr Personen eine umfassende Pflege; siehe dazu NZZ, „Als Pflegefall im Gefängnis“, 5. Dez. 2011, S. 15.

¹⁵⁶ Europäische Strafvollzugsgrundsätze, Ziff. 47.1, unter Berücksichtigung von Ziff. 12.1.

¹⁵⁷ Vgl. CPT-Standards, S. 32, Ziff. 35.

Anstalt vorhandenen vergleichbar, wenn nicht sogar identisch sind“.¹⁵⁸ Kranke Gefangene, die fachärztlicher Behandlung bedürfen, welche im Vollzug nicht zur Verfügung steht, sind in spezialisierte Vollzugseinrichtungen oder öffentliche Krankenhäuser zu verlegen.¹⁵⁹

Der CPT stellte bei seinem Besuch 2007 fest, dass nicht alle Haftenrichtungen die verlangten Anforderungen in personeller und räumlicher Hinsicht erfüllen würden.¹⁶⁰ In einigen Anstalten fehle etwa generell spezialisiertes Psychiatriepflegepersonal.¹⁶¹ In räumlicher Hinsicht wurden die Behörden aufgefordert auch für die in der Spitalabteilung untergebrachten Insassen bzw. Insassinnen die Möglichkeit bereitzustellen, sich eine Stunde pro Tag im Freien zu bewegen.¹⁶² Die Kantone sind sich zudem bewusst, dass die steigende Zahl von pflegebedürftigen Straftätern und -täterinnen im Pensionsalter eine Herausforderung an die medizinische Betreuung darstellt. Zum jetzigen Zeitpunkt sind die Gefängnisse weder bezüglich Infrastruktur noch bezüglich Personal auf die Pflege von Schwerkranken vorbereitet.¹⁶³

c. Zur Eintrittsuntersuchung

Der CPT empfiehlt, jede neu in einer Haftenrichtung eintreffende Person so schnell wie möglich von einem Arzt oder einer Ärztin gründlich befragen zu lassen und, falls notwendig, körperlich zu untersuchen.¹⁶⁴ Auch die Europäischen Strafvollzugsgrundsätze verweisen auf die Notwendigkeit einer Eintrittsuntersuchung hin.¹⁶⁵ Diese hat nicht nur die Funktion bei Neuankommenden ansteckende Krankheiten zu diagnostizieren, sondern auch vorhergehende körperliche Übergriffe festzustellen. Wird die Eintrittsuntersuchung unterlassen oder stark verzögert vorgenommen, so kann dies zu einer Verletzung von Art. 3 EMRK führen.¹⁶⁶

In der Schweiz wurden diese Vorgaben gemäss CPT nicht vollständig umgesetzt. So verzichteten verschiedene Haftenrichtungen teilweise gänzlich auf solche Untersuchungen und zum Teil fehlten Krankenakten und Informationsbroschüren.¹⁶⁷

¹⁵⁸ Empfehlung R (98) 7 des Ministerkomitees des Europarates über ethische und organisatorische Aspekte der gesundheitlichen Versorgung in Vollzugsanstalten, Ziff. 11.

¹⁵⁹ Europäische Strafvollzugsgrundsätze, Ziff. 46.1.

¹⁶⁰ In den Strafanstalten Lenzburg/AG und Thorberg/BE empfahl der CPT die Präsenzzeiten der Allgemeinmediziner zu erhöhen (CPT/Inf (2008) 33, Ziff. 166). Bei den Anstalten Pöschwies/ZH und Thorberg/BE wurde empfohlen den Bestand des paramedizinischen Personals zu verstärken (CPT/Inf (2008) 33, Ziff. 167). Schon 2001 wurden ähnliche Forderungen an den Kanton St. Gallen und Freiburg gestellt (CPT/Inf (2002) 4, Ziff. 109 und 110). Den Haftanstalten im Kanton Aargau wurde nahegelegt Massnahmen zu treffen, um eine regelmässige Sprechstunde mit diplomiertem Pflegepersonal zu gewährleisten (CPT/Inf (2008) 33, Ziff. 168). Daneben empfahl der CPT dem Kanton Aargau Räumlichkeiten für regelmässige Sprechstunden einzurichten (CPT/Inf (2008) 33, Ziff. 172).

¹⁶¹ Vgl. CPT/Inf (2008) 33, Ziff. 169.

¹⁶² Vgl. CPT/Inf (2008) 33, Ziff. 171.

¹⁶³ Siehe etwa NZZ, „Als Pflegefall im Gefängnis“, 5. Dez. 2011, S. 15.

¹⁶⁴ Vgl. CPT-Standards, S. 32, Ziff. 33.

¹⁶⁵ Vgl. Europäische Strafvollzugsgrundsätze, Ziff. 42.1.

¹⁶⁶ Die Schweiz wurde 1993 im Fall *Hurtado v. Switzerland* von der damaligen Europäischen Kommission für Menschenrechte gerügt, weil die medizinische Untersuchung eines verwundeten Neuankömmlings durch einen Arzt erst acht Tage nach dem Eintritt ins Gefängnis erfolgt war und damit eine Verletzung von Art. 3 EMRK darstellte (unmenschliche Behandlung); EComHR, 17549/90, 8. Juli 1993, Ziff. 80.

¹⁶⁷ Beim CPT-Besuch 2001 wurde den Freiburger und St. Galler Behörden empfohlen Sofortmassnahmen zu treffen, um bei Eintritt eine systematische medizinische Untersuchung aller Gefangenen durchzuführen und eine Krankenakte für jeden Gefangenen zu eröffnen (CPT/Inf (2002) 4, Ziff. 109 und 110). Die Forderung wurde 2007 durch den CPT gegenüber den Aargauer und Berner Behörden wiederholt und dadurch ergänzt, dass bei der Untersuchung allen Neueintretenden eine Informationsbroschüre abgeben werden soll, die über die Tätigkeit des Gesundheitsdienstes informiert und grundlegende Hygienemassnahmen in Erinnerung ruft (CPT/Inf (2008) 33, Ziff. 174).

d. Zur Vertraulichkeit medizinischer Untersuchungen und Daten

Die Vertraulichkeit medizinischer Untersuchungen ist wesentlicher Bestandteil des Arzt/Patienten-Verhältnisses; dies insbesondere auch im Haftvollzug, wo Inhaftierte in aller Regel ihren Arzt oder Ärztin nicht frei aussuchen können.¹⁶⁸ Das Arztgeheimnis soll daher im Strafvollzug in gleicher Weise beachtet werden wie ausserhalb.¹⁶⁹ Dazu soll jede ärztliche Untersuchung ausser Hör- und Sichtweite des Gefängnispersonals durchgeführt werden.¹⁷⁰ Zudem ist die Unabhängigkeit des Gesundheitspersonals zu gewährleisten, denn medizinische Erwägungen können häufig in einem Konflikt zu solchen der Verwaltung und Sicherheit des Gefängnisses stehen. Daher erachtet es der CPT als wichtig, dass das medizinische Personal so eng wie möglich an die Hauptströmung der Gesundheitsversorgung in der allgemeinen Gesellschaft angeschlossen sein sollte und klinische Entscheidungen einzig durch medizinische Kriterien bestimmt werden sollten.¹⁷¹

Anlässlich seines Besuchs im Jahr 2007 rügte der CPT Mängel bei der Beachtung des Arztgeheimnisses in Schweizer Haftanstalten.¹⁷² So müsse etwa die Möglichkeit bestehen eine Anmeldung für eine Arztvisite dem ärztlichen Dienst in einem geschlossenen Umschlag ohne Mittelsperson zukommen zu lassen. Zudem empfahl der CPT, medizinische Untersuchungen hätten ausser Hör- und (sofern nicht von der Medizinalperson ausdrücklich verlangt) Sichtweite stattzufinden.¹⁷³ Schliesslich sollten medizinische Unterlagen nur dem Gesundheitspersonal zugänglich sein.¹⁷⁴

e. Zur medizinischen Betreuung in ausländerrechtlicher Administrativhaft

Die CPT-Standards erachten die medizinische Betreuung in der ausländerrechtlichen Administrativhaft als besonders zentral. Durch ihre spezielle Haftsituation (vorausgegangene traumatische Erlebnisse, neue kulturelle Umgebung, unsichere Zukunft) sind die Immigrationshäftlinge besonders anfällig auf physische und vor allem psychische Leiden.¹⁷⁵ Für die medizinische Versorgung soll zumindest eine Person mit anerkannten Qualifikationen als Krankenpfleger bzw. Krankenpflegerin in allen Gewahrsamseinrichtungen für Immigrationshäftlinge vor Ort sein und dabei Eintrittsuntersuchungen vornehmen.¹⁷⁶ In diesem Sinn kritisierte auch der CAT im Jahr 2010 die ungenügende medizinische Betreuung im Ausschaffungszentrum Frambois/GE und namentlich den fehlenden Zugang zur medizinischen Versorgung psychisch kranker Insassen bzw. Insassinnen.¹⁷⁷ Bereits im Jahr 2007 empfahl der CPT, in den Ausschaffungszentren eine Eintrittsuntersuchung innerhalb eines Tages durchzuführen und in personeller Hinsicht eine medizinische Fachperson für die Gewährleistung der täglichen medizinischen Versorgung anzustellen.¹⁷⁸ Schon 2001 wurde beim Besuch des INAD-Centers auf ähnliche Mängel hingewiesen.¹⁷⁹ Zudem unterstrich der CPT wiederholt die Wichtigkeit psychiatrischer Betreuung für Immigrationshäftlinge und forderte deren Ausbau.¹⁸⁰

f. Zur medizinischen Betreuung in Hochsicherheits- und Verwahrungshaft

Hochsicherheitstrakte in Schweizer Gefängnissen beherbergen neben Insassen bzw. Insassinnen, die infolge ihrer Straftaten oder ihres Verhaltens im Gefängnis als gemeingefährlich eingestuft wurden, auch Insassen bzw. Insassinnen mit psychischen Krankheiten, welche aufgrund ihres Gefahrenpoten-

¹⁶⁸ Vgl. CPT-Standards, S. 35, Ziff. 45.

¹⁶⁹ Vgl. CPT-Standards, S. 36, Ziff. 50.

¹⁷⁰ Vgl. CPT-Standards, S. 36, Ziff. 51.

¹⁷¹ Vgl. CPT-Standards, S. 41, Ziff. 71 und 72.

¹⁷² Vgl. CPT/Inf (2008) 33, Ziff. 177 ff.

¹⁷³ Vgl. CPT/Inf (2008) 33, Ziff. 178. Der CPT empfahl den Aargauer Behörden die Praxis zu ändern, dass das Wachpersonal die Anmeldung für eine Arztvisite sichtet (CPT/Inf (2008) 33, Ziff. 177).

¹⁷⁴ Vgl. CPT/Inf (2008) 33, Ziff. 179.

¹⁷⁵ Vgl. CPT-Standards, S. 71, Ziff. 90.

¹⁷⁶ Vgl. CPT-Standards, S. 72, Ziff. 91.

¹⁷⁷ Vgl. CAT, Concluding Observations Switzerland 2010, Ziff. 17.

¹⁷⁸ Vgl. CPT/Inf (2008) 33, Ziff. 83.

¹⁷⁹ Vgl. CPT/Inf (2002) 4, Ziff. 81, 82 und 85.

¹⁸⁰ Vgl. CPT/Inf (2008) 33, Ziff. 84.

tials nicht in einer normalen psychiatrischen Klinik untergebracht werden können. Diese Tatsache impliziert gemäss CPT die Gefahr, dass psychisch kranke Inhaftierte nicht die medizinische Versorgung bekommen, welche ihnen gestützt auf ihre Gesundheitssituation zustehen würde. Auch gemäss den Europäischen Strafvollzugsgrundsätzen gehören Personen mit einer schweren psychischen Erkrankung nicht in eine Justizvollzugsanstalt.¹⁸¹

Seit dem ersten Besuch im Jahre 1991 wies der CPT stets darauf hin, gemeingefährliche Inhaftierte mit psychischen Krankheiten müssten in einer geschlossenen Spezialabteilung eines Gefängnisses oder einer psychiatrischen Klinik mit entsprechender personellen und räumlichen Infrastruktur behandelt werden. Die 2007 besuchten Hochsicherheitstrakte wiesen gemäss CPT Mängel in diesem Bereich auf. Der CPT empfahl daher die Ergreifung von Massnahmen, damit Hochsicherheitsinsassen bzw. –insassinnen mit psychischen Krankheiten in einer Spitalumgebung eine geeignete Behandlung und therapeutische Aktivitäten in Anspruch nehmen können, welche von einem qualifizierten Personal angeboten werden.¹⁸² Ähnliche Probleme sind auch bei Personen vorzufinden, gegenüber denen eine stationäre Behandlung oder eine Verwahrung angeordnet wurde. Auch hier empfahl der CPT 2007, Personen mit schwersten psychischen Erkrankungen in einer geschlossenen Spitalabteilung (zivil oder im Gefängnis) mit angemessener Ausstattung und qualifiziertem Personal zu behandeln.¹⁸³

3.2.2. Situation in der Schweiz

Das Äquivalenzprinzip ist auch im schweizerischen Strafvollzugsrecht solide verankert.¹⁸⁴ In der Praxis wird diesem Kardinalprinzip der Gefängnismedizin aber nicht vollständig nachgelebt.¹⁸⁵ So relativiert etwa der gegenwärtige leitende Gefängnisarzt der Strafanstalt Pöschwies den Äquivalenzgrundsatz in seinem zentralen Bereich und dies notabene in einer wissenschaftlichen Publikation: Gemäss Staub wird nämlich in der Praxis vom Grundsatz der Gleichwertigkeit der medizinischen Versorgung auf Grund „realistischer Unterschiede“ abgewichen, weil infolge „Aufwand und Kosten“ teilweise eine „Beschränkung der Behandlung“ vorgenommen werden muss.¹⁸⁶ Vor diesem Hintergrund versteht sich die vergleichsweise kritische Aufnahme der Empfehlungen im medizinischen Bereich durch den Bundesrat. So verwiesen er und die Kantone im Bereich der medizinischen Betreuung von Eingewiesenen mit schweren psychischen Störungen auf laufende infrastrukturelle Verbesserungen.¹⁸⁷ Gar ablehnend reagierte er auf die Empfehlung, dass jede inhaftierte Person unmittelbar ab Beginn der Freiheitsentziehung das Recht auf einen Arzt besitze.¹⁸⁸ Im Bereich der ausländerrechtlichen Haft machte der Bundesrat in Hinblick auf eine systematische Eintrittsuntersuchung die zusätzlichen Kosten geltend, die im Vergleich mit dem angestrebten Zweck als unverhältnismässig hoch eingestuft würden.¹⁸⁹ Ähnlich präsentieren sich teilweise die Reaktionen der Kantone auf die durch die NKVF gerügten Mängel im Gesundheitsbereich: So reagierte etwa im Jahr 2011 der Kanton St. Gallen auf die Empfehlung, systematische medizinische Eintrittsuntersuchungen durchzuführen, solche seien

¹⁸¹ Vgl. Europäische Strafvollzugsgrundsätze, Ziff. 12.1.

¹⁸² Vgl. CPT/Inf (2008) 33, Ziff. 138.

¹⁸³ Vgl. CPT/Inf (2008) 33, Ziff. 161.

¹⁸⁴ So implizit Art. 75 StGB. Ausdrückliche Grundlagen finden sich etwa in modernen Strafvollzugserlassen. Siehe statt vieler etwa BE, Art. 18 Abs. 1, Gesetze über den Straf- und Massnahmenvollzug vom 25. Juni 2003 (BSG 341.1). Besonders deutlich auch Ausübung der ärztlichen Tätigkeit bei inhaftierten Personen, Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften, Ziff. 5, publiziert in: Schweizerische Ärztezeitung 2003, S. 306 ff., Ziff. 5.

¹⁸⁵ Verschärft wird diese Ausgangssituation durch die Tatsache, dass viele Inhaftierte ausländischer Nationalität nicht einer Krankenversicherung angeschlossen sind, und die Gesundheitskosten daher von der öffentlichen Hand zu berappen sind.

¹⁸⁶ THOMAS STAUB, Die Rolle des Arztes im schweizerischen Strafvollzug, in Tag/Hillenkamp (Hrsg.), Intramurale Medizin im internationalen Vergleich: Gesundheitsfürsorge zwischen Heilauftrag und Strafvollzug im Schweizerischen und internationalen Diskurs, Berlin 2008, S. 435.

¹⁸⁷ Vgl. CPT/Inf (2008) 34, Ziff. 138.

¹⁸⁸ Vgl. CPT/Inf (2008) 34, Ziff. 49.

¹⁸⁹ Vgl. CPT/Inf (2008) 34, Ziff. 83.

„angesichts der Häufigkeit der Ein- und Austritte (...) praktisch nicht durchführbar“. Sie erfolgten „deshalb weiter nach Bedarf“.¹⁹⁰ Diese Defizite haben nicht nur faktische, sondern auch normative Gründe. Dieser Befund soll exemplarisch für zwei zentrale Bereiche dargestellt werden.

Zwar finden sich in zahlreichen Erlassen Ausführungen zum Thema *Eintrittsuntersuchung*. Der vom CPT definierte Standard wird dabei, soweit ersichtlich, nirgends eingehalten: Viele Erlasse beschränken sich auf die Statuierung einer Verpflichtung Neueintretender, sich medizinisch untersuchen zu lassen¹⁹¹ resp. Krankheiten anzugeben,¹⁹² oder erklären ohne Fristangabe lapidar, der Gesundheitszustand einer verurteilten Person werde durch medizinisches Fachpersonal abgeklärt,¹⁹³ wobei je nach Notwendigkeit ein Arzt beigezogen werde¹⁹⁴ oder eine medizinische Befragung (bei entsprechender Notwendigkeit) stattfinde.¹⁹⁵ Gewisse Hausordnungen schweigen zu dieser Frage vollständig.¹⁹⁶ Auch die Fristen, innert welcher die medizinische Befragung und Untersuchung durchzuführen ist, variieren von Kanton zu Kanton beträchtlich: Häufig findet sich die Regelung, wonach Untersuchung und Befragung anlässlich der wöchentlichen Arztvisite stattfinden,¹⁹⁷ während etwa im Kanton Zürich diese Abklärungen innert zwei Wochen nach Eintritt in eine Haftanstalt stattfinden sollen.¹⁹⁸ Andere Kantone wiederum führen eine Befragung durch den Gesundheitsdienst innert 48 Stunden und eine medizinische Eintrittsuntersuchung während der wöchentlichen Arztvisite durch.¹⁹⁹ Strikter dagegen sind die Regelungen im Kanton Wallis, wo jede inhaftierte Person innert Wochenfrist und auf Begehren hin innert eines Tages nach Eintritt von einem Arzt oder einer Ärztin untersucht wird.²⁰⁰

Ebenfalls vielfältig und von unterschiedlicher Kompatibilität mit den internationalen Vorgaben sind die kantonalen Regelungen zur *Unabhängigkeit der Gefängnisärzteschaft*: In verschiedenen Kantonen besorgen frei praktizierende Ärzte bzw. Ärztinnen die medizinische Versorgung gestützt auf einen Vertrag mit der Anstaltsleitung,²⁰¹ in anderen hingegen die Amtsärzte bzw. Amtsärztinnen.²⁰² Grössere Hafteinrichtungen kennen wiederum gelegentlich einen internen Anstaltsarzt, der vollamtlich in der Vollzugsanstalt tätig und hierarchisch der Anstaltsleitung unterstellt ist, also Teil der Anstaltsverwaltung bildet.²⁰³ Einige Kantone kennen einen Gesundheitsdienst, der sich spezifisch um die Anstalten des Freiheitsentzuges kümmert, so etwa der Kanton Waadt. Hier sieht das Gesetz²⁰⁴ ausdrücklich die Unabhängigkeit der verantwortlichen Instanzen im Bereich der medizinischen Be-

¹⁹⁰ NKVF, Bericht St. Gallen 2011, Ziff. 43, und Stellungnahme der Regierung des Kantons St. Gallen vom 10. Nov. 2011.

¹⁹¹ Siehe etwa BE, Art. 20, Gesetz über den Straf- und Massnahmenvollzug vom 25. Juni 2003 (BSG 341.1); BS, § 1, Verordnung über das Untersuchungsgefängnis Basel vom 14. Nov. 2000 (GS 258.900) und Verordnung über das Ausschaffungsgefängnis Basel vom 14. Nov. 2000 (GS 258.800).

¹⁹² Z.B. Ziff. 8.3., Hausordnung Grosshof Luzern vom 1. April 2008.

¹⁹³ ZH, § 96 Abs. 1, Justizvollzugsverordnung (JVV) vom 6. Dez. 2006 (LS 331.1); SH, § 30, Hausordnung für das Gefängnis Schaffhausen vom 16. Nov. 2007 (SHR 341.202); TG, § 57, Verordnung des Regierungsrates über den Justizvollzug (Justizvollzugsverordnung) vom 12. Dez. 2006 (RB 340.31): „Der Gesundheitszustand der verurteilten Personen wird, sofern gewünscht oder angeordnet, durch medizinisches Fachpersonal abgeklärt“.

¹⁹⁴ § 2, Hausordnung für das Gefängnis Schaffhausen vom 16. Nov. 2007 (SHR 341.202).

¹⁹⁵ Z.B. GR, Art. 80, Verordnung über den Justizvollzug im Kanton Graubünden (Justizvollzugsverordnung) vom 12. Dez. 2006 (BR 350.460).

¹⁹⁶ So z.B. Hausordnung der Gefängnisse des Kantons Bern (2006).

¹⁹⁷ Etwa SH, § 50, Justizvollzugsverordnung (JVV) vom 19. Dez. 2006 (SHR 341.101); Art. 12 und 36, Hausordnung JVA Sennhof (2009); ähnlich Art. 5 Abs. 3, Hausordnung Saxerriet (2007).

¹⁹⁸ ZH, § 54 Abs. 2, Hausordnung für die Gefängnisse des Kantons Zürich (2009); § 33 Hausordnung Vollzugszentrum Urdorf (2009); § 48, Hausordnung Pöschwies; § 52 Hausordnung Abteilung Ausschaffungshaft des Flughafengefängnisses (2009).

¹⁹⁹ Z.B. AR, Ziff. 2.4 und 7.1, Hausordnung Gmünden Normalvollzug (2008).

²⁰⁰ VS, Art. 43, Reglement über die Strafanstalten des Kantons Wallis vom 10. Dez. 1993 (RS 340.200).

²⁰¹ Siehe etwa LU, § 75, Verordnung des Kantons Luzern über den Justizvollzug vom 12. Dez. 2006 (SRL 327) und BE, Art. 49, Verordnung über den Straf- und Massnahmenvollzug vom 5. Mai 2004 (BSG 341.11).

²⁰² SG, Art. 35 Abs. 1, Verordnung über die Gefängnisse und Vollzugsanstalten vom 13. Juni 2000 (sGS 962.14).

²⁰³ So im Gefängnis Pöschwies; siehe www.justizvollzug.zh.ch.

²⁰⁴ VD, Art. 10 Abs. 1, Loi sur l'exécution des condamnations pénales du 4 juillet 2006 (RSN 340.01).

handlung der Inhaftierten vor. Der Kanton hat die gesamten Belange der medizinischen und psychiatrischen Betreuung einem besonderen Dienst übergeben, der zur öffentlichen Gesundheitsverwaltung und nicht zur Strafvollzugs- oder Justizverwaltung gehört.²⁰⁵ Ebenfalls eine weitgehende Unabhängigkeit ist gegeben, wenn die Hafteinrichtungen durch Spitalfachärzte betreut werden. Im Kanton Genf beispielsweise wird die Gefängnismedizin vom kantonalen Universitätsspital besorgt. Dieses Modell wurde explizit gewählt, um den Vorgaben des CPT gerecht zu werden.²⁰⁶

Das damit auch eingedenk des grossen Ermessens der Kantone, wie sie den internationalen Vorgaben gerecht werden wollen, im Bereich der intramuralen medizinischen Versorgung normativer Koordinierungsbedarf besteht, scheint damit erstellt.

3.2.3. Handlungsbedarf

Nicht seine normative Verankerung, wohl aber die Umsetzung des Äquivalenzprinzips in der Schweiz weist Lücken auf. Diese beruhen teilweise auf – von den zuständigen Amtsstellen erkannten – infrastrukturellen Gründen, etwa im Bereich der Inhaftierung von gemeingefährlichen Personen und solchen mit schweren psychischen Problemen. Weitere Lücken beruhen indes auch auf normativen Gründen: So wäre zu prüfen, ob inhaftierten Personen ein eigentliches Recht auf medizinische Untersuchungen durch eine Ärztin oder einen Arzt einzuräumen und namentlich – auch aus Gründen der Beweissicherung – eine Verpflichtung zur Durchführung einer Eintrittsuntersuchung zu verankern wäre. Da die Qualität der medizinischen Betreuung Inhaftierter auch von der institutionellen Stellung der Gefängnisärztinnen und -ärzte und namentlich ihrer Unabhängigkeit mitbeeinflusst wird, empfiehlt sich u.E. auch eine vertiefte Prüfung, welches der verschiedenen kantonalen Modelle das Äquivalenzprinzip am ehesten sicherstellen und damit die Menschenrechtskompatibilität der medizinischen Versorgung intra muros gewährleisten kann.

3.3. Weitere Bereiche

3.3.1. Empfehlungen internationaler Überwachungsorgane

a. Zu Personalvoraussetzungen

Ein menschenwürdiger Freiheitsentzug steht und fällt mit dem Vorhandensein einer genügenden Anzahl von gut ausgebildeten Mitarbeitenden. So stellt nach dem CPT das sorgfältig ausgewählte und ausgebildete Gefängnispersonal ein Eckpfeiler eines menschlichen Gefängnisystems dar.²⁰⁷ Der CPT weist der Aus- und Fortbildung des Gesetzesvollzugspersonals als Garantie gegen Misshandlungen grosse Bedeutung zu.²⁰⁸ Dabei liegt ein Fokus auf Fertigkeiten in der zwischenmenschlichen Kommunikation, die gegenüber den Gefangenen nicht allzu formell und distanziert sein soll.²⁰⁹

Der CPT äusserte sich nach seinen Besuchen 2001 und 2007 über die Personalvoraussetzungen in den Strafvollzugsanstalten sowie in Einrichtungen der ausländerrechtlichen Haft. Dabei stellte er regelmässig ein Defizit hinsichtlich der Anzahl der Mitarbeitenden fest.²¹⁰

²⁰⁵ Vgl. für weitere Einzelheiten www.chuv.ch/psy/smpp.htm.

²⁰⁶ BERNICE S. ELGER, Gesundheitsfürsorge für Strafgefangene im Kanton Genf, in Tag/Hillenkamp (Hrsg.), Intramurale Medizin im internationalen Vergleich: Gesundheitsfürsorge zwischen Heilauftrag und Strafvollzug im Schweizerischen und internationalen Diskurs, Berlin 2008, S. 56.

²⁰⁷ Vgl. CPT-Standards, S. 23, Ziff. 26. Siehe dazu zudem Empfehlung R(66) 26 zur Stellung, Rekrutierung und Ausbildung von Vollzugsbediensteten.

²⁰⁸ Vgl. CPT-Standards, S. 21, Ziff. 59.

²⁰⁹ Vgl. CPT-Standards, S. 21, Ziff. 60.

²¹⁰ Vgl. CPT/Inf (2008) 33, Ziff. 83, 181, 182 und 183; CPT/Inf (2002) 4, Ziff. 111 und 112. Im Falle des überbelegten Gefängnis Champ-Dollon erinnerte der CPT daran, dass der Aufbau und die Pflege von regelmässigen Kontakten mit den Insassen eine der wichtigsten Aufgaben des Gesetzesvollzugspersonals ist; CPT/Inf (2008) 33, Ziff. 180.

b. Zu Kontakten mit der Aussenwelt

Aussenkontakte sind für Inhaftierte zentral, um – auch angesichts ihrer künftigen Entlassung – den Bezug zur Aussenwelt aufrecht zu erhalten. Durch den Kontakt zu Familien und Bekannten wird die Resozialisierung erleichtert, der Kontakt führt zu einer Normalisierung des Gefängnisalltags und kann Misshandlungen durch Gefängnispersonal verhindern. Gemäss CPT-Standards sollte das Leitprinzip im Freiheitsentzug die Förderung von Kontakten mit der Aussenwelt sein, die ausschliesslich durch Sicherheitsbedenken oder Ressourcenknappheit eingeschränkt werden sollen.²¹¹ Dies wird auch vom Europarat in seinen Grundsätzen zum Freiheitsentzug betont.²¹²

Die Situation in den Schweizer Gefängnissen war bezogen auf die Möglichkeit mit der Aussenwelt in Beziehung zu treten beim CPT-Besuch 2007 generell befriedigend. Den Behörden wurde jedoch nahegelegt den Besuch an einigen Orten offener zu gestalten und den Insassen bzw. Insassinnen einen regelmässigen Zugang zu Telefonen zu gewähren.²¹³

c. Zu Disziplinar massnahmen

Als Disziplinar massnahme kann es im Freiheitsentzug vorkommen, dass Insassen in Einzelhaft gesetzt werden. Laut den Grundsätzen des Europarats über den Freiheitsentzug dürfen Disziplinar massnahmen generell nur als letztes Mittel und die Einzelhaft nur in Ausnahmefällen für eine fest umrissene und möglichst kurze Zeitspanne eingesetzt werden.²¹⁴ Nach den CPT-Standards wendet der CPT den Personen, die in isolationsähnlichen Bedingungen untergebracht sind, besondere Aufmerksamkeit zu.²¹⁵

Der CPT empfahl 2007 sämtlichen Freiheitsentzugseinrichtungen der Schweiz den Personen in Einzelhaft jeden Tag mindestens eine Stunde Bewegung im Freien zu gewähren (ab dem ersten Tag) und besorgt zu sein, dass sie Lesestoff erhalten, welcher sich nicht nur auf religiöse Texte beschränkt.²¹⁶ Bei den Besuchen 2001 und 2003 wurde durch den CPT zudem die Empfehlung abgegeben, bei der Isolation aus Sicherheitsgründen die Betroffenen schriftlich über die Gründe und Anfechtungsmöglichkeiten zu informieren und ihnen dabei die Möglichkeit zu geben, ihren Standpunkt zu äussern und die Massnahme vor einer geeigneten Behörde anzufechten.²¹⁷

3.3.2. Situation in der Schweiz zu den übrigen Empfehlungen

a. Personalvoraussetzungen

Die Empfehlungen zu den Personalvoraussetzungen wurden durch den Bundesrat und die betroffenen Kantone positiv aufgenommen: Laut den schweizerischen Behörden besteht in gewissen Bereichen des Freiheitsentzugs durchaus ein Bedürfnis nach mehr Personal mit entsprechender Ausbildung. Es wurde jedoch darauf hingewiesen, dass die Erfüllung von vielen Empfehlungen im Personalbereich primär von der Bereitstellung zusätzlicher finanzieller Mittel abhängt, welche von der Politik gesprochen werden müssen.²¹⁸

b. Kontakte zur Aussenwelt

Kontakte zur Aussenwelt sind eine wichtige Resozialisierungsvoraussetzung, die gemäss CPT-Standards zu fördern sind und ausschliesslich durch Sicherheitsbedenken oder Ressourcenknappheit eingeschränkt werden sollen. Die Kontakte zur Aussenwelt werden in den meisten Fällen auf kanto-

²¹¹ Vgl. CPT-Standards, S. 18 f., Ziff. 51.

²¹² Vgl. Europäische Strafvollzugsgrundsätze, Ziff. 24.1-24.12.

²¹³ Vgl. CPT/Inf (2008) 33, Ziff. 185 und 186.

²¹⁴ Vgl. Europäische Strafvollzugsgrundsätze, Ziff. 56.1 und 60.5.

²¹⁵ Vgl. CPT-Standards, S. 20, Ziff. 56.

²¹⁶ Vgl. CPT/Inf (2008) 33, Ziff. 189.

²¹⁷ Vgl. CPT/Inf (2002) 4, Ziff. 101.; CPT/Inf (2004) 39, Ziff. 29.

²¹⁸ Vgl. z.B. CPT/Inf (2008) 34, Ziff. 181.

naler Gesetzes- bzw. Verordnungsstufe in zwei verschiedene Themenbereiche aufgeteilt. Es gibt sowohl Normen zur Regelung der Besuche als auch zur Regelung des Brief- und Telefonverkehrs.

Während bei einer Inventarisierung des kantonalen Strafvollstreckungs- und Strafvollzugsrechts im Jahre 2003²¹⁹ verschiedene Kantone²²⁰ noch über keine Bestimmungen zum *Besuchsrecht* verfügten, normieren heute alle Kantone diesen Bereich in ihren Strafvollzugserlassen explizit. Die grosse Mehrheit der Kantone regelt die Besuche ausschliesslich auf Verordnungsstufe. Neuere kantonale Gesetze über den Strafvollzug nehmen sich jedoch vermehrt auch dieser Thematik an.²²¹ Die Regelungen der Rahmenbedingungen für Besuche sind sehr unterschiedlich ausgestaltet. So sind für die Besuchsbeurteilungserteilung je nach Kanton andere Instanzen zuständig. In den meisten Fällen ist es die Abteilungsleitung, welche die Besuche bewilligt. Unterschiedlich ist auch die Überwachung von Besuchen geregelt. Einige Kantone sehen eine generelle Überwachung der Besuche vor,²²² während andere erst bei Missbrauchsvermutung eine Beschränkung errichten.²²³ Zudem unterscheiden sich die Regelungen auch hinsichtlich der Dauer und der Kadenz der Besuche. Die meisten Kantone lassen 1 Std./Woche zu. Nur noch wenige Kantone beschränken die Besuchszeit noch auf 30 Min./Woche.²²⁴ Grundsätzlich kann davon ausgegangen werden, dass das Besuchsrecht in den letzten Jahren eine erhöhte Regelungsdichte bekommen hat und zudem liberaler ausgestaltet worden ist. Diese liberale Ausgestaltung ist vor allem darauf zurück zu führen, dass sowohl die StGB-Revision als auch die jüngere Praxis des Bundesgerichts zu einer erheblich flexibleren und weniger einschränkenden Praxis geführt haben, welche die Kantone dazu bewegte in jüngster Vergangenheit etliche Vorschriften zu revidieren.

Vergleichbar sieht die Lage beim *Brief- und Telefonverkehr* aus. 2003 verfügten zwei Kantone über keine Regelung des Brief- und Telefonverkehrs.²²⁵ Heute haben sämtliche Kantone diesen Bereich normiert: Die grosse Mehrheit der Kantone regelt den Brief- und Telefonverkehr ausschliesslich auf Verordnungsstufe.²²⁶ Einige Kantone verfügen daneben über zusätzliche Bestimmungen auf Gesetzesebene.²²⁷ Laut Bundesgericht darf der Briefverkehr nur soweit eingeschränkt werden, als es die Ordnung in der Anstalt oder der Haftzweck erfordert.²²⁸ Die meisten Kantone sehen daher eine Kontrolle nur in Ausnahmefällen vor und der Briefverkehr wird heute nur noch selten einer umfassenden inhaltlichen Kontrolle unterstellt, und auch quantitative Beschränkungen fielen grösstenteils weg.²²⁹ Ähnliche Entwicklungen können beim Telefonverkehr festgestellt werden. Neben den offenen Strafanstalten haben mittlerweile oft auch Insassen und Insassinnen geschlossener Hafteinrichtungen einen freien Zugang zu telefonischen Aussenkontakten.²³⁰

²¹⁹ Vgl. BAECHTOLD, Inventar, XLII, 1.

²²⁰ Konkret die Kantone Uri, Appenzell Ausserrhoden, Thurgau und Genf.

²²¹ Siehe z.B. BE, Gesetz über den Straf- und Massnahmenvollzug vom 25. Juni 2003 (BSG 341.1); ZH, Straf- und Justizvollzugsgesetz vom 19. Juni 2006 (LS 331); GR, Gesetz über den Justizvollzug im Kanton Graubünden vom 27. Aug. 2009 (BR 350.500).

²²² Siehe z.B. LU, § 79, Verordnung über den Justizvollzug vom 12. Dez. 2006 (SRL 327), und AI, Art. 9 Abs. 2, Standardskommissionsbeschluss über das Kantonsgefängnis vom 4. April 1995 (GS 340.001).

²²³ Siehe z.B. ZH, § 117 Abs. 4, Justizvollzugsverordnung vom 6. Dez. 2006 (LS 331.1).

²²⁴ Siehe z.B. VS, Art. 74, Reglement über die Strafanstalten des Kantons Wallis vom 10. Dez. 1993 (SGS 340.200).

²²⁵ Appenzell Ausserrhoden und Thurgau; vgl. BAECHTOLD (Inventar), XLI, 1.

²²⁶ Siehe z.B. VS, Art. 71, Reglement über die Strafanstalten des Kantons Wallis vom 10. Dez. 1993 (SGS 340.200); GR, Art. 98, Verordnung über den Justizvollzug im Kanton Graubünden vom 22. Dez. 2009 (BR 350.510); ZH, § 115, Justizvollzugsverordnung vom 6. Dez. 2006 (LS 331.1).

²²⁷ Siehe z.B. BE, Art. 49, Gesetz über den Straf- und Massnahmenvollzug vom 25. Juni 2003 (BSG 341.1); SO, § 32 Gesetz über den Vollzug von Freiheitsstrafen, Ersatzfreiheitsstrafen, gemeinnütziger Arbeit, therapeutischen Massnahmen und Verwahrung vom 3. März 1991 (BGS 331.11).

²²⁸ BGE 99 Ia 288.

²²⁹ Vgl. BAECHTOLD (Strafvollzug), S. 159. Siehe z.B. ZH, § 115, Justizvollzugsverordnung (LS 331.1). Weiterhin eine umfassende Kontrolle des Briefverkehrs gibt es im Kanton Aargau. Siehe AG, § 68 Abs. 1, Verordnung über den Vollzug von Strafen und Massnahmen (SAR 253.111).

²³⁰ Vgl. BAECHTOLD (Strafvollzug), S. 170. Siehe z.B. GR, Art. 59 Hausordnung Justizvollzugsanstalt Sennhof.

Dagegen findet in der Schweiz noch keine systematische Förderung der Kontakte zur Aussenwelt, wie sie der CPT fordert, statt.²³¹ Dennoch ist in diesem Bereich in der jüngeren Vergangenheit eine deutliche Liberalisierungstendenz feststellbar.

c. Disziplinar massnahmen

Laut den Grundsätzen des Europarats über den Freiheitsentzug dürfen Disziplinar massnahmen generell nur als letztes Mittel und die Einzelhaft nur in Ausnahmefällen für eine fest umrissene und möglichst kurze Zeitspanne eingesetzt werden.

Die Revision des StGB von 2002 hat auch im Bereich der Disziplinar massnahmen dazu geführt, dass heute beinahe alle Kantone die Disziplinar straf tat bestände detailliert umschreiben.²³² Auch die Disziplinar massnahmen gemäss Art. 91 Abs. 2 StGB wurden in die kantonalen Gesetzgebungen aufgenommen und angepasst.²³³ Die meisten Kantone regeln das Disziplinar recht auf Verordnungsstufe. Lediglich die Kantone Bern, Neuenburg, Solothurn und Freiburg verfügen über eine Regelung auf Gesetzesstufe.²³⁴ Kantonale Unterschiede bestehen in diesem Bereich aber noch heute. Die Höchstdauer der Arreststrafe ist beispielsweise auch heute in den Kantonen unterschiedlich ausgestaltet. Die maximale Arrestdauer variiert zwischen fünf (Tessin) und 30 Tagen (Freiburg, Jura und Waadt). In den meisten Kantonen liegt sie bei 20 bzw. 21 Tagen. Zusätzlich bestehen noch heute formellrechtliche Defizite. So eröffnen etliche Anstalten die Disziplinar massnahmen nicht schriftlich, das rechtliche Gehör wird nicht durchwegs gewährt und nicht überall genügen die Arrestbedingungen den verlangten Anforderungen.²³⁵ Im Bereich der Disziplinar massnahmen wurde die Empfehlung eine Stunde Bewegung im Freien zu gewährleisten von den Kantonen umgesetzt.²³⁶ Hingegen scheinen gewisse Kantone, die Beschränkung auf religiöse Lektüre während dem Arrest beibehalten zu wollen.²³⁷

4. Zur Kohärenz der Empfehlungen internationaler Überwachungsorgane

Der Grossteil der Empfehlungen der drei für den Bereich des Freiheitsentzuges wichtigsten Überwachungsorgane – Menschenrechtsausschuss, CAT und CPT – bezieht sich auf den Bereich der allgemeinen Haftbedingungen. So forderten etwa der Menschenrechtsausschuss und der CAT die Schweiz beinahe wortgleich und in sehr allgemeiner Weise auf, die Anstrengungen zur Verbesserung der Lebensbedingungen in den Gefängnissen aller Kantone zu verstärken,²³⁸ während der CPT diese Aussagen inhaltlich in detaillierter Weise konkretisierte.²³⁹

²³¹ Eine Ausnahme bildet hier der Kanton Solothurn, welcher in § 28 seines Gesetzes über den Vollzug von Freiheitsstrafen, Ersatzfreiheitsstrafen, gemeinnütziger Arbeit, therapeutischen Massnahmen und Verwahrung festhält, dass die Beziehungen der Insassen zur Aussenwelt zu fördern sind, soweit es sich um aufbauende Kontakte handelt.

²³² Vgl. BAECHTOLD (Strafvollzug) S. 176. Siehe z.B. ZH, § 23, Straf- und Justizvollzugsgesetz vom 19. Juni 2006 (LS 331).

²³³ Siehe z.B. BE, Art. 76, Gesetz über den Straf- und Massnahmenvollzug vom 25. Juni 2003 (BSG 341.1).

²³⁴ Siehe BE, Art. 75-79, Gesetz über den Straf- und Massnahmenvollzug vom 25. Juni 2003 (BSG 341.1); NE, Art. 93-97, Loi sur l'exécution des peines privatives de liberté et des mesures pour les personnes adultes du 27 janvier 2010 (RSN 351.0); SO, § 33-39, Gesetz über den Vollzug von Freiheitsstrafen, Ersatzfreiheitsstrafen, gemeinnütziger Arbeit, therapeutischen Massnahmen und Verwahrung vom 3. März 1991 (BGS 331.11); FR, Art. 57-60, Gefängnisreglement vom 12. Dez. 2006 (SGF 341.2.11).

²³⁵ Vgl. BAECHTOLD (Strafvollzug), S. 178.

²³⁶ Vgl. CPT/Inf (2008) 34, Ziff. 189

²³⁷ Der Kanton Zürich führte dazu aus, dass die Aufhebung dieser Beschränkung seiner Justizvollzugsverordnung widerspreche. Der Arrestant soll sich während der Dauer des Arrests mit sich selbst auseinandersetzen.

²³⁸ MRA, Concluding Observations Switzerland 2009, Ziff. 17; CAT, Concluding Observations Switzerland 2010, Ziff. 17.

²³⁹ Vgl. CPT/Inf (2008) 33, S. 48-60.

Auch die Empfehlungen zu spezifischen Bereichen des Freiheitsentzugs erscheinen weitgehend kohärent (beispielsweise bei der medizinischen Versorgung). Auch hier beschränken sich der Menschenrechtsausschuss sowie der CAT auf kurz gehaltene abstrakte Empfehlungen, während der CPT sich detaillierter dazu äussert. Dass der CPT eine wesentlich höhere Anzahl an konkreten Empfehlungen zu spezifischeren Themenbereichen des Freiheitsentzugs abgibt, ergibt sich aus dem exklusiv auf den Freiheitsentzug zugeschnittenen Überprüfungsauftrag sowie den umfassenderen Berichten. Gewisse Teilbereiche des Freiheitsentzugs werden daher nur durch Empfehlungen des CPT abgedeckt (etwa zu den Personalvoraussetzungen, zum Kontakt mit der Aussenwelt oder zu den Disziplinarmassnahmen).

5. Fazit

Die Haftbedingungen in der Schweiz weisen im Allgemeinen ein hohes Niveau auf. Viele Empfehlungen in diesem Bereich betreffen denn auch anstaltsspezifische Besonderheiten, die sich kaum verallgemeinern lassen.

Dieser Schluss gilt indes nicht für zwei *spezifische Haftregime*: So entsprechen in der Schweiz die Haftmodalitäten der *ausländerrechtlichen Administrativhaft* dem ausschliesslichen Zweck dieses Freiheitsentzuges, der Sicherstellung der Ausreise ausländischer Staatsangehöriger, regelmässig nur bedingt. Vielmehr ist diese Haft oft in einem eigentlichen Gefängnisumfeld abzusitzen, wo Beschränkungen der persönlichen Freiheit massiv über das hinausgehen, was vom Haftzweck gefordert wäre. Ebenfalls strukturelle Problembereiche sind im Bereich der *Verwahrungshaft* zu konstatieren. Neben Problemen einer für diesen Personenkreis angemessenen Infrastruktur stellen sich hier vielfältige rechtliche Probleme, die sich künftig noch vermehrt aufdrängen dürften, wie etwa die Frage nach der zulässigen Beschränkung der persönlichen Freiheit nach Verbüssung der Freiheitsstrafe, der Umgang mit pflegebedürftigen Inhaftierten, die Zulässigkeit einer Verpflichtung zur Arbeitsleistung im AHV-Alter etc.

Während das *Äquivalenzprinzip im Gesundheitswesen*, d.h. der Grundsatz der Gleichwertigkeit medizinischer Betreuung inner- und ausserhalb von Hafteinrichtungen, normativ solide verankert ist, bestehen verschiedene Probleme in seiner Umsetzung. So ist in der Schweiz namentlich das Recht auf Zugang zu einer Ärztin oder einem Arzt nur lückenhaft verankert und trotz wiederholter entsprechender Empfehlungen verzichten zahlreiche Kantone auf die Vornahme flächendeckender Eintrittsuntersuchungen. In institutioneller Hinsicht stellen sich unter einem menschenrechtlichen Blickwinkel ferner auch Fragen nach einer sachgerechten Stellung der Gefängnisärztinnen und -ärzte.

III. POLIZEI

1. Menschenrechte und Polizei

Der Begriff „Polizei“ umfasst in der juristischen Fachsprache weit mehr als die umgangssprachliche Verwendung dieses Ausdrucks vermuten lässt.²⁴⁰ Die vorliegende Studie beschränkt sich auf die Polizei im organisatorischen Sinn, also jene Verwaltungseinheiten, die organisationsrechtlich als Polizeibehörden ausgeschieden und im Wesentlichen mit der Gefahrenabwehr beauftragt sind. Damit sind primär die kommunalen und kantonalen Polizeikörpers, die Bundespolizei und die Grenzwa- che gemeint.

In einem modernen Rechtsstaat ist die Polizei die einzige Behörde, die legaler Weise Zwang gegen Personen ausüben darf.²⁴¹ Sie ist damit mit dem Vollzug des staatlichen Gewaltmonopols betraut. Mit dieser weitreichenden Aufgabe geht eine grosse Verantwortung einher: Die Sicherstellung der Beachtung der Grund- und Menschenrechte in einem schwierigen und nicht selten gefährlichen Tätigkeitsgebiet. Die Bundesverfassung verpflichtet in Art. 35 Abs. 2 sämtliche Träger staatlicher Aufgaben die Grundrechte zu achten und zu ihrer Verwirklichung beizutragen. Somit sind eidgenössische, kantonale und kommunale Polizeiangehörige direkt an die Grundrechte der Verfassung und die Schweiz bindende menschenrechtliche Standards gebunden. Das polizeiliche Handeln muss zudem stets im öffentlichen Interesse sein und unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips erfolgen.²⁴²

Die folgenden im Fokus stehenden Gebiete, welche aus Empfehlungen der internationalen Überwachungs- gremien extrahiert wurden, verdeutlichen die Herausforderungen: Es geht im Kern um den Fragenkomplex in welchen Fällen der Staat Zwang anwenden darf, welche Mittel dabei zulässig sind, wie Adressaten derartiger Massnahmen ermittelt werden dürfen und wie sich dadurch Geschädigte gegebenenfalls rechtlich zur Wehr setzen können.

2. Internationale Verpflichtungen

2.1. Universelle Ebene

Im Bereich der Polizei sind namentlich folgende universelle, die Schweiz bindende Normen von Bedeutung:

- Normen von primärer Relevanz für die Polizei im *Pakt II*: Recht auf wirksame Beschwerde (Art. 2 Abs. 3), Recht auf Leben (Art. 6), Verbot der Folter und der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung und Strafe (Art. 7), Schutz vor willkürlichem Freiheitsentzug (Art. 9), Diskriminierungsverbot (Art. 2 und Art. 26).
- *Übereinkommen gegen die Folter* (FoK) und *Fakultativprotokoll zum Übereinkommen gegen die Folter* (OPCAT).
- *Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung* (RDK).

²⁴⁰ Eingehender dazu TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 53.

²⁴¹ Basierend auf ihrem Hausrecht dürfen allerdings auch Private in ihren Räumlichkeiten (etwa in Clubs oder Stadien) gewisse Zwangsmassnahmen vornehmen. Zudem werden auch in der Schweiz vermehrt Polizeiaufgaben an private Sicherheitsfirmen ausgelagert; siehe dazu detailliert WALTER KÄLIN/ANDREAS LIENHARD/JUDITH WYTENBACH, Auslagerung von sicherheitspolizeilichen Aufgaben, Basel 2007.

²⁴² Vgl. Art. 5 Abs. 2 BV; vgl. auch Art. 9 ZAG.

- CERD, General Recommendation XXXI on the prevention of racial discrimination in the administration and functioning of the criminal justice system, 2005.
- Generalversammlung der UNO, *Code of Conduct for Law Enforcement Officials*, Resolution 34/169, 1979 (soft law).
- United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, *Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials*, 1990 (soft law).

2.2. Regionale Ebene

Auf regionaler Ebene sind für die Schweiz namentlich folgende Normen im Rahmen der Polizeiarbeit zu beachten:

- EMRK: Recht auf Leben (Art. 2), Verbot der Folter und der unmenschlichen Behandlung (Art. 3), Recht auf Freiheit und Sicherheit (Art. 5), Recht auf ein faires Verfahren (Art. 6), Recht auf wirksame Beschwerde (Art. 13), Diskriminierungsverbot (Art. 14).
- *Europäisches Übereinkommen zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe* (CPT).
- Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger (sog. *Rückführungsrichtlinie*) mit Bestimmungen für die Ausgestaltung der ausländerrechtlichen Administrativhaft.
- Allgemeine Politische Empfehlung Nr. 11 der ECRI: Bekämpfung von Rassismus und Rassen Diskriminierung in der Polizeiarbeit (Soft Law).²⁴³
- Europäischer Kodex für Polizeiethik vom Ministerkomitee des Europarates (Soft Law).²⁴⁴

3. Überblick über die innerstaatliche Regulierung

Die Kompetenzordnung im Bereich der inneren Sicherheit widerspiegelt die föderalistische Staatsstruktur und gestaltet sich entsprechend komplex. Der Begriff Polizei kommt in der geltenden Verfassung nicht vor. In Art. 57 BV wird lediglich festgehalten, dass Bund und Kantone im Rahmen ihrer Zuständigkeit für die Sicherheit des Landes und den Schutz der Bevölkerung sorgen (Abs. 1) und dass sie dabei ihre Anstrengungen im Bereich der inneren Sicherheit koordinieren (Abs. 2). Das Bundesgericht geht im Bereich der inneren Sicherheit von parallelen oder konkurrierenden Zuständigkeiten aus.²⁴⁵ In erster Linie sind die Kantone als selbstständige Gemeinwesen für die Sicherheit auf ihrem Territorium zuständig (sog. Polizeihochheit der Kantone).²⁴⁶ Der Bund nimmt Polizeiaufgaben grundsätzlich ergänzend wahr, seine Erlasse verteilen sich deshalb auf verschiedene spezifische Sachbereiche.²⁴⁷

3.1. Auf Bundesebene

Wie für sämtliche Verwaltungsbehörden gelten auch für die Polizei die in Art. 5 BV verankerten „Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns“. Im Polizeialltag von besonderer praktischer Bedeutung sind das Verhältnismässigkeitsprinzip und das Erfordernis des öffentlichen Interesses (Art. 5 Abs. 2 BV). Daneben sind Polizeiorgane als Wahrnehmer einer öffentlichen Aufgabe an den gesamten Kata-

²⁴³ ECRI, Empfehlung Nr. 11 (2007).

²⁴⁴ Empfehlung Rec(2001)10 des Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten über den Europäischen Kodex für die Polizeiethik, 19. Sept. 2001.

²⁴⁵ BGE 117 Ia 202, S. 216.

²⁴⁶ BIAGGINI, Art. 57, Rz. 5.

²⁴⁷ Vgl. dazu RAINER J. SCHWEIZER, Art. 57, in: Ehrenzeller et al., BV-Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2008, Rz. 12. m.w.H.

log der Grundrechte der Bundesverfassung gebunden. Zusätzlich setzen die Grundrechte der Bundesverfassung der polizeilichen Tätigkeit einen Rahmen.

Während früher das Polizeirecht praktisch ausschliesslich in den kantonalen Wirkungskreis fiel, ist der Bund im Bereich der inneren Sicherheit in den letzten Jahren vermehrt gesetzgeberisch aktiv geworden. Zu erwähnen sind insb. das 2009 in Kraft getretene Zwangsanwendungsgesetz²⁴⁸, die Änderungen des BWIS²⁴⁹ zu vorbeugenden Massnahmen zur Verhinderung von Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen²⁵⁰, das anfangs Oktober 2011 in Kraft getretene Bundesgesetz über die Sicherheitsorgane der Transportunternehmen im öffentlichen Verkehr²⁵¹, Art. 96 f. des Zollgesetzes²⁵² sowie die Verordnung über den Einsatz privater Sicherheitsfirmen durch den Bund²⁵³. In Ausarbeitung befindet sich derzeit auf Bundesebene das Polizeiaufgabengesetz (PolAG).²⁵⁴

3.2. Auf kantonomer Ebene

Wie die BV enthalten auch die Kantonsverfassungen Bestimmungen zur Wahrung der inneren Sicherheit.²⁵⁵ Zudem haben verschiedene Kantone im Polizeibereich Konkordate abgeschlossen, z.B. über die regionale²⁵⁶ oder nationale²⁵⁷ Zusammenarbeit oder über Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen vom 15. November 2007. Auch bestehende regionale Polizeischulen wurden durch interkantonale Verträge errichtet. Das eigentliche Polizeirecht der Kantone findet sich in den jeweiligen Polizeigesetzen, resp. -verordnungen, Verhaltenskodexen, Dienstbefehlen und -anweisungen etc. Soweit durch kantonale Kompetenzzuteilung vorgesehen, existieren auch kommunale Erlasse, welche die Aufgaben und Tätigkeiten der Gemeindepolizei regeln.

4. Empfehlungen internationaler Überwachungsorgane und Situation in der Schweiz in ausgewählten Themenbereichen

4.1. Zwangsanwendung allgemein

4.1.1. Empfehlungen internationaler Überwachungsorgane

Als polizeilicher Zwang gilt der gegen Personen gerichtete Einsatz von körperlicher Gewalt, Hilfsmitteln und Waffen durch die Polizei.²⁵⁸ Im Laufe von Festnahmen und Inhaftierungen kommt es regelmässig zu Zwangsanwendungen durch die Polizei. Dies stellt demzufolge auch den Hauptproblembe- reich von polizeilichen Zwangsmassnahmen in der Schweiz dar: Sowohl der UN- Menschenrechtsausschuss als auch der CAT zeigten sich in ihren Berichten über die Schweiz immer wieder besorgt über die polizeilichen Übergriffe gegen Personen während Festnahmen oder Inhaftie-

²⁴⁸ Siehe zu diesem Erlass BBl 2006 2489.

²⁴⁹ BG vom 21. März 1997 über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (SR 120).

²⁵⁰ Art. 2 Abs. 4 lit. f BWIS.

²⁵¹ Vom 18. Juni 2010, BGST, SR 745.2.

²⁵² Vom 18. März 2005, ZG, SR 631.0.

²⁵³ Vom 31. Okt. 2007, VES, SR 124.

²⁵⁴ Der Bundesrat hat im März 2011 nach Ablauf der Vernehmlassungsfrist entschieden, den Bericht des Bundesamtes für Justiz zur Klärung der Kompetenzen auf dem Gebiet der inneren Sicherheit abzuwarten.

²⁵⁵ Z.B. Verfassung des Kantons Bern, Art. 37: „Kanton und Gemeinden sorgen für die öffentliche Ordnung und Sicherheit.“ Oder Verfassung des Kantons Zürich, Art. 100: „Kanton und Gemeinden gewährleisten die öffentliche Ordnung und Sicherheit.“.

²⁵⁶ In der Schweiz bestehen vier regionale Polizeikonkordate: Nordwest-, Ost-, West- und Zentralschweiz.

²⁵⁷ Vereinbarung über die interkantonalen Polizeieinsätze (IKAPOL) vom 6. April 2006, in Kraft seit dem 9. Nov. 2006 (siehe z.B. für den Kanton Bern: Regierungsratsbeschluss betreffend den Beitritt zu IKAPOL vom 17. Mai 2006, BSG 559.13).

²⁵⁸ Vgl. Art. 5 ZAG.

rungen.²⁵⁹ Ähnlich äusserte sich der CPT zu gewalttätigen Übergriffen durch die Polizei in seinem letzten Bericht zur Schweiz.²⁶⁰

Die Empfehlungen des CAT bezüglich Zwangsanwendung richteten sich auf die Problematik der Benutzung von Elektroschockwaffen durch die Bundespolizei. Der CAT empfahl in seinen abschliessenden Bemerkungen im Jahre 2005, dass der damalige Entwurf zum Zwangsanwendungsgesetz ein Verbot von Elektroschockwaffen während der Ausschaffung oder dem Transport von Gefangenen durch die Bundespolizei enthalten sollte.²⁶¹ Der CPT plädierte dafür, dass die Anwendung von Gewalt auf das absolut notwendige Minimum zu beschränken sei und dass Gewaltanwendung durch nichts gerechtfertigt werden könne, sobald eine Person unter Kontrolle sei.²⁶² Des Weiteren sei von einer Anwendung von „Strangulationstechniken“ abzusehen.²⁶³

4.1.2. Situation in der Schweiz

a. Umsetzung der Empfehlungen auf Bundesebene

Die Verabschiedung des Zwangsanwendungsgesetzes im Jahre 2008 kann als Fortschritt zur Umsetzung der Empfehlungen im Bereich der Zwangsanwendung gewertet werden. Dadurch wurde sichergestellt, dass die Anwendung von polizeilichem Zwang durch Bundesbehörden und durch kantonale Behörden, die im Auftrag des Bundes tätig sind, einheitlich geregelt ist. Das ZAG stellt sicher, dass „körperliche Gewalt, Hilfsmittel und Waffen den Umständen angemessen und unter grösstmöglicher Wahrung der Integrität der betroffenen Personen eingesetzt werden“.²⁶⁴ Der UN-Menschenrechtsausschuss würdigte in seinen abschliessenden Bemerkungen zur Schweiz im Jahre 2009 diese gesetzgeberische Tätigkeit als positive Entwicklung zum Schutz der Menschenrechte.²⁶⁵

Im ZAG sind in der Liste der zulässigen Waffen auch die Destabilisierungsgeräte aufgeführt (Art. 15 lit. d). Die ausführende Zwangsanwendungsverordnung legt jedoch sehr restriktive Bedingungen fest, die mit den für die Verwendung von Feuerwaffen geltenden Bedingungen vergleichbar sind. Gemäss Art. 9 i.V.m. Art. 11 Abs. 1 und 2 ZAV dürfen Destabilisierungsgeräte nur gegen Personen eingesetzt werden, die eine schwere Straftat begangen haben oder ernsthaft unter Verdacht stehen, eine solche begangen zu haben, oder um eine schwere Straftat zu verhindern. Ausgeschlossen ist gemäss Art. 11 Abs. 4 und e contrario Art. 5 ZAV der Einsatz von Destabilisierungsgeräten bei Rückführungen ausländischer Staatsangehöriger auf dem Luftweg während der Flugphase. Anlässlich des Transports zum Flughafen bleibt ihr Einsatz hingegen unter den in Art. 9 und 11 ZAV statuierten Vorgaben, d.h. einzig zur Verhinderung schwerer Straftaten, erlaubt.²⁶⁶

b. Umsetzung der Empfehlungen auf Kantonsebene

Die Kantone als Hauptaufgabenträger im Bereich des Polizeiwesens regeln die Zwangsanwendung nach wie vor unterschiedlich. Während der Kanton Zürich die Zwangsanwendung in einem hinsichtlich Normdichte detaillierten kantonalen Polizeigesetz²⁶⁷ und in einer Verordnung über die polizeili-

²⁵⁹ Siehe z.B. MRA, Concluding Observations Switzerland 2009, Ziff. 14, 2001, Ziff. 11, 1996, Ziff. 13; CAT, Concluding Observations Switzerland 2010, Ziff. 8, 1997, Ziff. 90.

²⁶⁰ Siehe z.B. CPT/Inf (2008) 33, Ziff. 14 und 33 ff.

²⁶¹ Vgl. CAT, Concluding Observations Switzerland 2010, Ziff. 5 b).

²⁶² CPT/Inf (2008) 33, Ziff. 33.

²⁶³ CPT/Inf (2008) 33, Ziff. 35.

²⁶⁴ Medienmitteilungen, EJPD, 18. Jan. 2006, Einheitliche Regelung für Polizeizwang im Zuständigkeitsbereich des Bundes, Bundesrat verabschiedet Botschaft zum Zwangsanwendungsgesetz.

²⁶⁵ Vgl. MRA, Concluding Observations Switzerland 2009, Ziff. 3 e).

²⁶⁶ Siehe Antwort des Bundesrats vom 18. Nov. 2009 auf die Interpellation Lumengo (09.3803), die deutlich macht, dass der Widerstand gegen eine Rückführung die Voraussetzungen des Einsatzes eines Tasers nicht erfüllt. Als schwere Straftat in diesem Sinn gelten etwa eine ernsthafte Gefährdung von Leib und Leben oder der öffentlichen Sicherheit.

²⁶⁷ ZH, § 13-17, Polizeigesetz vom 23. April 2007 (LS 550.1).

che Zwangsanwendung²⁶⁸ regelt, verfügt beispielsweise der Kanton Schwyz über eine deutlich weniger eingehende Regelung²⁶⁹. Der Grossteil der Kantone regelt den Einsatz von Schusswaffen relativ ausführlich und materiell mehr oder weniger identisch.²⁷⁰

Andere Waffen (wie z.B. Schlagstöcke oder Reizstoffe) und Hilfsmittel zur Zwangsanwendung (z.B. Fesselungen, die eine Strangulation zur Folge haben können) sind hingegen nicht in jedem Kanton gleich vollständig bzw. überhaupt nicht normiert. Dies gilt auch für Destabilisierungsgeräte. Nur wenige Kantone regulieren deren Gebrauch für die polizeiliche Zwangsanwendung.²⁷¹

4.2. Insbesondere im Kontext von Zwangsrückführungen

4.2.1. Empfehlungen internationaler Überwachungsorgane

Nach den drei tragischen Todesfällen in den Jahren 1999, 2001 und 2009 während Zwangsrückführungen wurde die Praxis der Schweiz in diesem Bereich von verschiedenen menschenrechtlichen Überwachungsorganen kritisiert. So forderte im Jahr 2001 der Menschenrechtsausschuss die Schweiz auf, sicherzustellen, dass während Zwangsausschaffungen die Vorgaben des Rechts auf Leben und des Verbots der unmenschlichen und erniedrigenden Behandlung nach dem Pakt II beachtet werden. Insbesondere müsse gewährleistet werden, dass „restraint methods do not affect life and physical integrity of persons concerned“²⁷². Knapp zehn Jahre später gab sich der UNO-Ausschuss gegen die Folter besorgt über die „persistent allegations of police violence and mistreatment when persons are forcibly returned by air“²⁷³, und er zweifelte daran, ob während Ausschaffungen angewandte Zwangsmassnahmen mit den Vorgaben der UNO-Konvention gegen die Folter kompatibel seien.²⁷⁴ Der behördliche Umgang mit Personen, die zwangsweise auf dem Luftweg ausgeschafft werden, bildete auch einen Schwerpunkt zweier Inspektionsbesuche des CPT in der Schweiz.²⁷⁵ Der erste Bericht illustriert, dass es infolge der Anwendung von Zwangsmassnahmen während Ausschaffungen doch zu einigen Strafverfahren gegen daran beteiligte Polizeikräfte, jedoch kaum zu eigentlichen Strafprozessen kam.²⁷⁶

4.2.2. Situation in der Schweiz

Als Reaktion auf die Kritiken im Nachgang der ersten beiden Todesfälle verabschiedete die KKJPD 2002 Vorschriften betreffend zwangsweise Rückführungen auf dem Luftweg. Parallel dazu schloss sie mit dem EJPD die Vereinbarung über die Durchführung von begleiteten Rückführungen auf dem Luftweg (Aufgebotsvereinbarung) ab. Diese Weisungen verloren 2009 mit Inkrafttreten des Zwangsanwendungsgesetzes und der sich darauf stützenden Zwangsanwendungsverordnung²⁷⁷, ihre Gel-

²⁶⁸ ZH, Verordnung über die polizeiliche Zwangsanwendung vom 21. Jan. 2009 (LS 550.11).

²⁶⁹ SZ, § 20-21, Verordnung über die Kantonspolizei vom 22. März 2000 (GS 520.110); SZ, § 59, Dienstreglement der Kantonspolizei vom 23. Jan. 2001 (GS 520.111).

²⁷⁰ Siehe z.B. BE, Art. 48, Polizeigesetz vom 8. Juni 1997 (BSG 551.1) und GR, Art. 25, Polizeigesetz des Kantons Graubünden vom 20. Okt. 2004 (BR 613.000).

²⁷¹ Siehe z.B. ZH, § 13, Verordnung über die polizeiliche Zwangsanwendung vom 21. Jan. 2009 (LS 550.11).

²⁷² MRA, Concluding Observations Switzerland 2001, Ziff. 14.

²⁷³ CAT, Concluding Observations Switzerland 2010, Ziff. 15. Die Schweiz müsse daher „Prevent police violence and mistreatment against persons being forcibly repatriated by air, open inquiries into any such allegations, prosecute and punish perpetrators, and compensate victims“.

²⁷⁴ Ibid., Ziff. 16. Weiter rügte der CAT „the failure of the State party to respond to claims for compensation from the families of the two latest victims in recent cases of forced repatriation (arts. 2, 3 and 14)“.

²⁷⁵ Siehe CPT/Inf (2002) 4, Ziff. II.B.3, und CPT/Inf (2004) 38, Ziff. 9 ff. Näher auf diese Berichte wird an den inhaltlich relevanten Stellen dieser Ausführungen eingegangen.

Einen prominenten Platz nehmen Fragen der Behandlung von Rückzuführenden schliesslich auch in den allgemeinen Standards des CPT ein; siehe CPT-Standards, S. 75 ff.

²⁷⁶ Siehe CPT/Inf (2002) 5, Ziff. 57. Vgl. dazu auch hinten III.4.5.

²⁷⁷ In der Literatur finden sich kaum Kommentierungen zu diesen Erlassen. Siehe für Kurz- resp. Kürzestdarstellungen von ZAG und ZAV MINH SON NGUYEN, Les renvois et leur exécution en droit suisse, in Amarelle/Nguyen (Hrsg.), Les

tung.²⁷⁸ Diese Bundeserlasse beanspruchen Geltung auch „für alle kantonalen Behörden, die im Bereich der Ausländer- und Asylgesetzgebung polizeilichen Zwang anwenden müssen“²⁷⁹. Damit wurde, angesichts der oft grossen Anzahl der an Ausschaffungsoperationen beteiligter Polizeikorps, ein bundesweit einheitlicher Standard hinsichtlich der zulässigen Zwangsmassnahmen während allen Phasen einer Ausschaffungsoperation geschaffen.²⁸⁰ Noch weiter verfeinert werden sollen diese Vorgaben in einem sich in der Vernehmlassung befindlichen Benutzerhandbuch des EJPD²⁸¹, dem Weisungscharakter zukommen wird. Des Weiteren ist hier die Verordnung über den Vollzug der Weg- und Ausweisung von ausländischen Personen zu berücksichtigen, die seit anfangs 2011 in den Art. 15f-15i eine unabhängige Überwachung von Ausschaffungen auf dem Luftweg vorsieht.²⁸²

Die auf Bundesebene geschaffenen Regelungen begründen für den Einsatz verschiedener polizeilicher Zwangsmittel im Hinblick auf das Verhältnismässigkeitsgebot (Art. 5 Abs. 2 BV) deutliche Schranken: Art. 25 Abs. 1 ZAG stellt klar, dass *Arzneimittel* bei der Zwangsanwendung nicht an Stelle von Hilfsmitteln eingesetzt werden dürfen. Die Abgabe beruhigender oder gar narkotisierender Medikamente zwecks Vereinfachung der Arbeitsabläufe ist somit gesetzlich unzulässig. Eine Verabreichung entsprechender Medikamente kommt einzig gestützt auf eine medizinische Indikation in Frage (Abs. 2). Art. 30 Abs. 1 ZAV bestimmt, dass rückzuführenden Personen nur mit deren Einverständnis *Windeln* angezogen werden dürfen.²⁸³ Der Einsatz von *Hilfsmitteln, welche zu einer Beeinträchtigung der Atemwege führen können* (insb. Mundknebel und Integralhelme) sind verboten.²⁸⁴ Art. 23 ZAV enthält sodann klare Anforderungen an die Fesselung einer Person. Nach dessen Abs. 3 muss die zuständige Vollzugsperson regelmässig kontrollieren, dass die gefesselte Person keine Verletzungen, Durchblutungsstörungen oder Beeinträchtigung der Atmung erleidet. Nach Art. 11 Abs. 4 und e contrario Art. 5 ZAV ist der Einsatz von Destabilisierungsgeräten und Feuerwaffen bei Rückführungen auf dem Luftweg verboten.²⁸⁵

Die Nationale Kommission zur Verhütung von Folter hat Ende September 2011 ihren Jahresbericht²⁸⁶ zu den von ihr begleiteten Zwangsausschaffungen auf dem Luftweg verabschiedet. Darin finden sich verschiedene Empfehlungen.²⁸⁷ Der Fachausschuss Rückkehr und Wegweisungsvollzug (FA R+WwV) nahm zu diesem Bericht Stellung.²⁸⁸ Die NKVF ist der Ansicht, der standardisierte, überraschende nächtliche Zugriff auf auszuschieffende Personen in ihren Zellen sollte angesichts des Verhältnismässigkeitsprinzips neu evaluiert werden.²⁸⁹ Der FA R+WwV wird diesen Punkt vertieft prüfen.²⁹⁰ Eben-

renvois et leur exécution – perspectives internationale, européenne et suisse, Bern 2011, S. 193-202; DANIA TREMP, Art. 98a, in Caroni/Gächter/Thurnherr (Hrsg.), Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, Bern 2010, S. 911-913; ANDREAS ZÜND/LADINA ARQUINT HILL, Beendigung der Anwesenheit, Entfernung und Fernhaltung, in Übersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser (Hrsg.), Ausländerrecht, 2. Aufl. Basel 2009, Ziff. 8.96, MARC SPESCHA/ ANTONIA KERLAND/PETER BOLZLI, Handbuch zum Migrationsrecht, Zürich 2010, S. 261 f.

²⁷⁸ So auch Antwort des Regierungsrats Zürich vom 10. Nov. 2010 auf die Anfrage Bischof und Bütikofer (234/2010). Trotzdem finden sie sich etwa noch in der Gesetzessammlung des Kantons Zug (GS 512.33).

²⁷⁹ Art. 2 Abs. 1 lit. b ZAG. Das ZAG überträgt indes den kantonalen Behörden nicht die Zuständigkeit zur Anwendung von Zwang (Art. 7 ZAG). Diese Grundlagen finden sich vielmehr in den jeweiligen kantonalen Polizeigesetzen.

²⁸⁰ Auch das ZAG verdeutlicht indirekt in Art. 28 Abs. 2 seine Geltung während des Fluges. Direkt beantwortet diese Frage Art. 97 Abs. 1 LFG, der die Polizeikräfte zudem zur Anwendung polizeilichen Zwangs ermächtigt.

²⁸¹ EJPD, Benutzerhandbuch über die Anwendung polizeilichen Zwangs und polizeilicher Massnahmen im Bereich der Rückführungen im Ausländerrecht, an die dem Zwangsanwendungsgesetz und der Zwangsanwendungsverordnung unterstehenden Vollzugs- und Polizeibehörden, Frühjahr 2011.

²⁸² Gegenwärtig wird diese Aufgabe temporär von der NKVF wahrgenommen.

²⁸³ Auf sog. Level-3-Flügen (welche derzeit in der Praxis nicht mehr zur Anwendung kommen) wurden Windeln noch routinemässig eingesetzt, da ein Aufsuchen der Toilette untersagt war (vgl. dazu CPT/Inf (2002) 4, Ziff. 51).

²⁸⁴ Art. 14 Abs. 3 ZAG.

²⁸⁵ Vgl. vorne auf S. 2.

²⁸⁶ NKVF, Bericht Rückführungen Luft.

²⁸⁷ Vgl. dazu schon KÜNZLI/KIND, S. 25 ff.

²⁸⁸ FA R+WwV, Stellungnahme.

²⁸⁹ NKVF, Bericht Rückführungen Luft, Empfehlung Nr. 12.

falls vertieft prüfen wird er den Beizug von Dolmetschern, damit Missverständnisse und daraus resultierende Eskalationen möglichst vermieden werden können.²⁹¹ Die NKVF hat des Weiteren angeregt, die Information der Rückzuführenden zu verbessern und in diesem Zusammenhang Art. 29 ZAV konsequenter umzusetzen.²⁹² Der FA R+WwV kündigte in diesem Zusammenhang eine Informationsbroschüre mit Illustrationen zu den verschiedenen Rückführungsstufen an. Des Weiteren werde diese Broschüre in über 40 Sprachen übersetzt. Sobald diese Informationsbroschüre vorliege, würde sich der FA R+WwV in einem Rundschreiben an die Kantone wenden, um sie an die Vorgaben von Art. 29 ZAV zu erinnern und das neue Hilfsmittel vorzustellen.²⁹³ Ebenfalls vertieft geprüft wird gemäss FA R+WwV die von der NKVF vorgeschlagene Möglichkeit, Angebote der Bordunterhaltung (Filme, Zeitschriften), sowie Informationen seitens des Cockpits über den Flugverlauf, den Rückzuführenden nicht vorzuenthalten.²⁹⁴ Die Temperatur in den Warteräumen der Flughäfen wurde ebenfalls als zu überprüfender Kritikpunkt von der FA R+WwV angenommen.²⁹⁵ Was die Weiterbildungs- und Austauschmöglichkeiten von medizinischem Begleitpersonal von Ausschaffungsflügen angeht, prüft das BFM gegenwärtig Optimierungsmöglichkeiten.²⁹⁶

Der jüngste Sonderflug nach Nigeria fand Anfangs Dezember 2011 statt.²⁹⁷ Bis auf eine Person haben sämtliche Rückzuführende widerstandslos und nur leicht gefesselt das Flugzeug bestiegen. Lediglich eine Person musste aufgrund vehementen Widerstandes zurück in die Wartehalle verbracht werden, wo die Fesselung intensiviert wurde. Für die Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips bedeutet dieses Vorgehen der Behörden einen deutlichen Fortschritt. Während früher alle Rückzuführende eines Sonderfluges standardmässig einer Level-4-, d.h. einer Ganzkörperfesselung,²⁹⁸ unterzogen wurden, musste bei diesem Flug nur noch eine Person aus Sicherheitsgründen entsprechend gefesselt werden. Damit scheinen Level-4-Fesselungen, wie es die menschenrechtlichen Vorgaben gebieten, zumindest bei Flügen nach Nigeria²⁹⁹ mittlerweile einzig als ultima ratio in begründeten Einzelfällen zum Einsatz zu kommen.

4.2.3. Handlungsbedarf

Die Entwicklung der letzten zehn Jahre verdeutlicht, dass auf dem Gebiet der Zwangsanwendung im Rahmen von Ausschaffungsflügen – auch als Reaktion auf die Todesfälle und entsprechende Forderungen von Herkunftsstaaten – Fortschritte erzielt wurden. Die Stellungnahme des FA R+WwV zeigt auf, dass verschiedene Anregungen des NKVF-Jahresberichts 2010/2011 angenommen wurden und gegenwärtig die Verwaltung nach Optimierungsmöglichkeiten sucht. Trotzdem verbleiben Bereiche, wo die Schweiz Verbesserungspotential aufweist. Dazu zählen namentlich die Gewaltanwendung während des Zugriffs in der Zelle der Ausschaffungsgefängnisse, der Rechtsschutz³⁰⁰ bei gerügten Menschenrechtsverletzungen im Rahmen einer Ausschaffungsoperation, die definitive Umsetzung

²⁹⁰ FA R+WwV, Stellungnahme, S. 2.

²⁹¹ Ibid., S. 3.

²⁹² NKVF, Bericht Rückführungen Luft, Empfehlung Nr. 19 ff.

²⁹³ FA R+WwV, Stellungnahme, S. 3.

²⁹⁴ Ibid., S. 3 und 4.

²⁹⁵ Ibid., S. 3.

²⁹⁶ Ibid., S. 4.

²⁹⁷ Vgl. <http://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/Erneut-Zwischenfall-bei-Ausschaffung-eines-Nigerianers/story/31555119>.

²⁹⁸ Diese besteht aus einer Fesselung an Händen, Armen, Beinen und Füssen sowie aus einem Gurt (sog. „body cuff“) zur Fixierung der Arm- und Fussfesseln, einem Sparringhelm, sowie einem Moskitonetz als Spuckschutz. Zu den einzelnen Vollzugsstufen siehe Art. 28 ZAV.

²⁹⁹ Nigeria war nach dem Todesfall einer Staatsangehörigen im Jahr 2009 nicht mehr bereit, Staatsangehörige mittels Sonderflügen zurückzunehmen. Im Jahr 2011 erklärte sich dieser Staat wieder dazu bereit unter der Bedingung, dass auf eine standardmässige Ganzkörperfesselung verzichtet wird; siehe dazu KÜNZLI/KIND S. 30 f.

³⁰⁰ Mehr dazu hinten bei 4.5.

der unabhängigen Begleitung von Ausschaffungsflügen oder die Forderung einer konsequenten (filmischen) Überwachung von Ausschaffungsoperationen zwecks Beweissicherung³⁰¹.

4.3. Diskriminierendes Profiling (auch „Ethnic Profiling“)

4.3.1. Profiling

Unter Profiling in einem allgemeinen Sinne wird die Kategorisierung von Personen nach bestimmten Eigenschaften verstanden.³⁰² Diese Eigenschaften können unveränderlich (Geschlecht, Alter, Herkunft etc.) oder veränderlich (z.B. Gewohnheiten oder andere bestimmte Verhaltensweisen) sein. Im Lebensalltag ist Profiling ein vielgenutztes Instrument des Marketings um herauszufinden, wie unterschiedliche Personengruppen optimal beworben werden können.³⁰³ Auf dem in vorliegendem Zusammenhang interessierenden Gebiet der Polizeiarbeit wird unter Profiling die systematische Zuordnung physischer, verhaltensrelevanter oder psychologischer Eigenschaften zu bestimmten Straftaten und deren Verwendung als Grundlage für die Entscheidungsfindung verstanden.³⁰⁴ Nach Ansicht von Martin Scheinin, ehemaliger Sonderberichterstatter für Menschenrechte im Kampf gegen den Terrorismus, ist Profiling grundsätzlich ein zulässiges Mittel der Strafverfolgung. Die Kombination geprüfter statistischer Faktoren mit bestimmten kriminellen Verhaltensweisen zwecks Erstellung detaillierter Profile ist daher nicht durchwegs unzulässig, sondern kann ein effektives Mittel zur Bündelung limitierter Strafverfolgungsressourcen sein.³⁰⁵

Profiling kann in der Polizeiarbeit hingegen zu einem Problem werden, wenn nicht aufgrund objektiv nachvollziehbarer und statistisch belegter Kriterien Entscheidungen getroffen werden, sondern vorwiegend gestützt auf verpönte Merkmale. Für Letzteres haben sich die etwas unpräzisen Begriffe „ethnic“ oder „racial“ Profiling etabliert. Da ethnische Kriterien für ein Profiling nicht per se tabu sind und der Begriff „rassisch“ kaum greifbar und an sich fragwürdig ist, soll im Folgenden der Begriff „diskriminierendes Profiling“ verwendet werden. Dadurch ist einerseits klar, dass man von einer unzulässigen Form des Profilings spricht, andererseits werden auch andere verpönte Merkmale ohne weiteres mitumfasst.

Die Europäische Kommission gegen Rassismus und Intoleranz (ECRI) versteht unter „racial profiling“ polizeiliche Kontroll-, Beobachtungs- oder Untersuchungsmassnahmen, die nicht objektiv und angemessen begründet sind, sondern einzig wegen ethnischer Abstammung, Hautfarbe, Sprache, Religion oder Nationalität durchgeführt werden.³⁰⁶ Offenkundige Auswirkung derartigen Profilings ist die Gefahr, dass Minderheiten mit bestimmten, leicht auszumachenden Merkmalen einem kollektiven Generalverdacht ausgesetzt werden.

³⁰¹ Dies insbesondere wegen der staatlichen Gewahrsamssituation und der daraus fließenden staatlichen Beweislast. Siehe dazu KÜNZLI/KIND, S. 62; Vgl. auch NKVF, Bericht Rückführungen Luft, Empfehlung Nr. 38. Der FA R+WwV hält aus Sicherheits- und Datenschutzgründen an einem generellen Verbot einer filmischen oder photographischen Dokumentation fest (Stellungnahme, S. 5).

³⁰² Vgl. FRA, Handbuch, S. 8.

³⁰³ Man denke z.B. an Kundenkarten grosser Detailhandelsanbieter oder an automatisch generierte Kaufempfehlungen von Online-Versandhäusern.

³⁰⁴ Definition gemäss des Sonderberichterstatters Martin Scheinin: „Profiling is generally defined as the systematic association of sets of physical, behavioural or psychological characteristics with particular offences and their use as a basis for making law-enforcement decisions“; Special Rapporteur, Counter-Terrorism 2007, Ziff. 33.

³⁰⁵ Ibid.

³⁰⁶ ECRI, Empfehlung Nr. 11 (2007), Ziff. I.1.; ECRI, 4. Bericht, Ziff. 178. Vgl. auch die Definitionen des CERD, General Recommendation No. 31 (2005), Ziff. 20 und des ENAR, Fact Sheet 40, S. 3.

Die Agentur der EU für Grundrechte (FRA) führte 2008 eine umfangreiche Studie (EU-MIDIS) betreffend Polizeikontrollen und Minderheiten durch, deren Ergebnisse 2010 publiziert wurden.³⁰⁷ Hierfür wurden in sämtlichen 27 EU-Mitgliedsstaaten 23'500 Migrantinnen und Migranten und Angehörige von ethnischen Minderheiten zu ihren Erfahrungen mit der Polizei befragt. Um Vergleichswerte zu erhalten, wurden zudem in zehn Mitgliedsstaaten 5'000 Personen aus der Mehrheitsbevölkerung befragt, die in denselben Gegenden wie die befragten Minderheitsangehörigen wohnen. In sechs der zehn Mitgliedsstaaten, wo sowohl Befragungen der Minderheits- als auch der Mehrheitsbevölkerung stattfanden, wurden innerhalb des untersuchten einjährigen Zeitraums Angehörige der Minderheitsbevölkerung häufiger durch die Polizei angehalten, als dies im selben Zeitraum bei der befragten Mehrheitsbevölkerung der Fall war.³⁰⁸ In vier dieser Staaten zeigten sich markante Unterschiede.³⁰⁹

In der Polizeiarbeit sind es v.a. die Tätigkeitsbereiche der Routinekontrollen und der Verfolgung von Anfangsverdachten, welche für diskriminierendes Profiling besonders anfällig sind. Also Situationen, in denen (unter Umständen unverzüglich) entschieden werden muss, wer anzuhalten, zu identifizieren, zu durchsuchen oder zu befragen ist. Des Weiteren kann diskriminierendes Profiling auch bei der systematischen Durchsuchung von Datenbanken (Rasterfahndung) oder der Anordnung von Überwachungsmassnahmen auftreten.³¹⁰ Die vorliegenden Ausführungen betreffen nur die zwei erstgenannten Bereiche. Hauptsächlich betroffen von diskriminierendem Profiling sind gemäss Erfahrungen aus der Praxis junge Männer mit augenfällig nicht ortsansässigem Erscheinungsbild, die sich in einschlägigen Stadtbezirken aufhalten.³¹¹

4.3.2. Profiling und das Diskriminierungsverbot

Weder der Pakt II, die RDK, die EMRK noch die EU-Grundrechtscharta erwähnen das diskriminierende Profiling ausdrücklich. Es handelt sich denn auch nicht um ein neues rechtliches Phänomen, sondern um einen in jüngerer Zeit stärker in den Fokus geratenen Anwendungsfall des Diskriminierungsverbots.

Das Diskriminierungsverbot ist in der Schweiz in Art. 8 Abs. 2 BV verankert. Nach dieser Bestimmung darf „[n]iemand (...) diskriminiert werden, namentlich nicht wegen der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung“. Das Diskriminierungsverbot ist ein zentraler Grundsatz des internationalen Menschenrechtsschutzes und findet sich daher auch in zahlreichen für die Schweiz verbindlichen völkerrechtlichen Verträgen.³¹² Das Diskriminierungsverbot verbietet qualifizierte Ungleichbehandlungen. Es schützt Personen davor, dass sie aufgrund eines verpönten Merkmals in vergleichbaren Situationen schlechter behandelt werden als die übrige Bevölkerung.

³⁰⁷ FRA, EU-MIDIS.

³⁰⁸ Ibid., S. 8.

³⁰⁹ Ibid. In Ungarn wurden 41% der befragten Roma innerhalb eines Jahres durch die Polizei angehalten. Bei der Mehrheitsbevölkerung waren im selben Zeitraum lediglich 15% der Befragten von einer polizeilichen Anhaltung betroffen. In Griechenland waren es 56% der Romas und 23% der Mehrheitsbevölkerung. In Spanien: 42% Nordafrikanerinnen und -afrikaner und 12% Angehörige der Mehrheitsbevölkerung. In Frankreich: 42% Nordafrikanerinnen und -afrikaner und 22% Angehörige der Mehrheitsbevölkerung. Was die Häufigkeit der Anhaltungen betrifft, so ergaben die Untersuchungen, dass diejenigen Personen die innerhalb eines Jahres gleich drei oder mehr Polizeikontrollen erlebten, ausschliesslich Angehörige von Minderheiten waren; S. 9.

³¹⁰ Vgl. Danish Institute for Human Rights, *Ethnic profiling in Denmark*, 2011, S. 13.

³¹¹ Siehe Ombudsstelle Stadt ZH, Bericht 2010, S. 4 f. und die Fallbeispiele 1-3 auf S. 10 ff.

³¹² Siehe insb. Art. 2 Abs. 1, Art. 3, Art. 24 Abs. 1 und Art. 26 Pakt II, Art. 14 EMRK. Spezifische Diskriminierungsverbote enthalten ferner die RDK und FDK. Eine eingehendere Auflistung der völkerrechtlichen Rechtsquellen bei: KÄLIN/KÜNZLI, S. 389. Das Diskriminierungsverbot ist von derart grundsätzlicher Bedeutung, dass es durch Art. 4 Abs. 1 Pakt II sogar für notstandsfest erklärt wird.

Im Rahmen des Profilings ist es diskriminierend, wenn sich Polizeibeamte und -beamtinnen beim Entschluss für eine polizeiliche Massnahme gegenüber einer Person einzig auf ein verpöntes Merkmal abstützen. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn Polizisten/-innen eine Person anhalten, nur weil sie dunkelhäutig ist, diese Person jedoch in der gleichen Situation nicht angehalten hätten, wäre sie weisser Hautfarbe gewesen. Dies bedeutet nicht, dass ethnische Zugehörigkeit oder Religion per se unzulässige Fahndungskriterien wären. Es müssen indes neben solch verpönten Merkmalen weitere objektive Punkte vorliegen auf die sich die Entscheidung stützen kann. Davon klar zu unterscheiden sind Fälle, wo Personen anlässlich eines Polizeikontakts aufgrund eines verpönten Merkmals nicht gleich behandelt werden wie die übrigen Bürger, z.B. wenn sie abschätzige Bemerkungen oder sonstiges respektloses Verhalten seitens der Polizei über sich ergehen lassen müssen. Solches Verhalten kann natürlich ebenfalls diskriminierend sein, es hat aber nichts mit dem eigentlichen Profiling im hier verstandenen Sinne zu tun, sondern betrifft die Anforderungen an einen korrekten und diskriminierungsfreien „Kundenkontakt“ im Polizeialltag.

Ein Beispiel für unzulässiges Profiling, das eine Verletzung des Diskriminierungsverbots des Paktes II darstellte, findet sich in der Praxis des Menschenrechtsausschusses. Der Fall *Rosalind Williams Lecraft v. Spanien*³¹³ betrifft eine spanische Bürgerin mit afroamerikanischen Wurzeln, die nach dem Aussteigen aus einem Zug als einzige Person unter den vielen Fahrgästen von einem Polizisten aufgefordert wurde sich auszuweisen. Auf die Nachfrage hin, wieso gerade sie sich ausweisen müsse, gab ihr der Polizist zur Antwort, dass die Polizei den Auftrag habe illegale Immigration zu bekämpfen und dabei insbesondere Personen mit dunkler Hautfarbe kontrollieren würde. Der Menschenrechtsausschuss gelangte zum Schluss, polizeiliche Anhaltungen und Identitätsüberprüfungen seien angesichts des legitimen Interesses einer kontrollierten Einwanderung grundsätzlich zulässige Mittel. Der Staat müsse dabei jedoch darauf bedacht sein, diese Mittel nicht auf Personen mit einem fremdländischen Erscheinungsbild zu beschränken. Dies würde nicht nur die betroffenen Personen in ihrer Würde in unzulässiger Weise herabsetzen, sondern laufe darüber hinaus Gefahr, xenophobe Tendenzen in der Bevölkerung zu verstärken und wirke sich daher in den staatlichen Bestrebungen jegliche Form von Rassendiskriminierung wirksam zu bekämpfen kontraproduktiv aus.³¹⁴ Weil die Beschwerdeführerin in vorliegendem Fall nachweislich einzig wegen ihres dunkelhäutigen Erscheinungsbilds für eine Identitätskontrolle ausgesucht wurde, ohne dass dies im konkreten Fall durch objektive Umstände hätte gerechtfertigt werden können, kam der Menschenrechtsausschuss zum Schluss, dass eine Verletzung von Art. 26 Pakt II vorliege.³¹⁵

Ein weiteres Beispiel einer diskriminierenden Profilbildung erwähnt das Handbuch der Grundrechteagentur der EU: Nachdem es in Wien zu mehreren Raubüberfällen gekommen war, die mutmasslich von zwei dunkelhäutigen Männern begangen wurden, erhielt die Polizei die Direktive, alle in Gruppen auftretenden schwarzen Männer zwecks Identitätsfeststellung anzuhalten. Nach Protesten aus der Zivilbevölkerung wurde die Direktive umformuliert und mit ungefähren Angaben zu Alter, Grösse, Statur und Bekleidung ergänzt.³¹⁶

Nicht in allen Fällen ist diskriminierendes Profiling derart offensichtlich wie in den aufgeführten Beispielen. Es kann u.U. sogar unbeabsichtigt vorkommen, indem sich Polizistinnen und Polizisten der Verallgemeinerungen und Stereotypen, die sie anwenden, gar nicht bewusst sind. Diskriminierendes Profiling ist nicht von einem Vorsatz abhängig. In der Praxis dürfte es in vielen Fällen äusserst schwierig sein festzustellen, wann überwiegend an ein verpöntes Merkmal angeknüpft wurde oder ob noch andere objektiv nachvollziehbare Gründe mitbeachtet wurden.³¹⁷ Abgesehen von Einzelfällen, kann

³¹³ MRA, *Rosalind Williams Lecraft v. Spain*, 1493/2006 (2009).

³¹⁴ Ibid., Ziff. 7.2.

³¹⁵ Ibid., Ziff. 7.4. und 8.

³¹⁶ Vgl. FRA, Handbuch, S. 23 m.w.H.

³¹⁷ Eine Gefahr ist auch, dass im Nachhinein weitere objektive Anhaltspunkte als Begründung für eine Anhaltung „nachgeschoben“ werden, die im Zeitpunkt als entschieden wurde, nicht in dieser Form von Bedeutung waren.

sich eine Diskriminierung auch aus einer Gesamtbetrachtung ergeben. Grundsätzlich besteht bei jeder Person die Wahrscheinlichkeit, dass sie einmal von der Polizei angehalten wird, sei es, weil sie sich zufälligerweise an einem deliktsträchtigen Ort aufgehalten hat oder weil sie einer gesuchten Person sehr ähnlich sieht. Sind davon aber in überwiegender Zahl Personen einer bestimmten Bevölkerungsgruppe betroffen und steht diese Zahl nicht mehr in Relation zum effektiven Anteil dieser Bevölkerungsgruppe an der Kriminalstatistik, sind Angehörige dieser Gruppe polizeilichen Anhaltungen stärker ausgesetzt und werden damit als Gruppe qualifiziert anders behandelt als die restliche Bevölkerung. Eine verlässliche Aussage dazu liesse sich jedoch erst nach einer seriösen Bearbeitung einer entsprechenden Datenlage machen. Die EU-MIDIS Studie liefert diesbezüglich immerhin erste Ausgangswerte, die als mögliche Anhaltspunkte benutzt werden könnten.

4.3.3. Auswirkungen

Diskriminierendes Profiling belastet nicht nur einzelne Angehörige einer Minderheit, die regelmässig Polizeikontrollen über sich ergehen lassen müssen, sondern auch das Verhältnis der Polizei zur betroffenen Minderheit insgesamt. Durch entsprechend negative Erfahrungen sinkt das Vertrauen der betroffenen Minderheit in die Polizei. Dies wiederum stärkt den Zusammenhalt innerhalb der Minderheit, so dass die betroffenen Personen u.U. nicht mehr von sich aus bereit sind die Polizei in der Verfolgung ihrer Aufgabe zu unterstützen (z.B. eine Zeugenaussage zu tätigen). Die Polizeiarbeit, die auf eine gute Kooperation mit der ganzen Zivilbevölkerung angewiesen ist, kann dadurch erheblich erschwert werden, insbesondere in Gegenden, welche überwiegend von Minderheiten bewohnt werden. Eine weitere Folge gegenseitigen Misstrauens ist eine stark erhöhte Eskalationsgefahr in heiklen Situationen.³¹⁸ Hinzu kommt, dass bei vermehrten, durch die Öffentlichkeit wahrnehmbaren Anhaltungen von Minderheitsangehörigen in der Mehrheitsbevölkerung der Generalverdacht gegenüber diesen Gruppen gefördert wird und xenophobe Vorurteile eine vermeintliche Bestätigung finden.³¹⁹ Im Übrigen zeigte die Forschung in den Vereinigten Staaten im Bereich Zollkontrollen auf, dass bei der Auswahl von Personen für eingehendere Durchsuchungsmassnahmen durch die Ausklammerung ethnischer Kriterien bei gleichzeitiger Konzentration auf verhaltensbezogene Merkmale die Effizienz der Massnahmen gesteigert werden konnte.³²⁰

4.3.4. Empfehlungen internationaler Überwachungsorgane

a. CERD

Im letzten Staatenberichtsverfahren des CERD zur Schweiz, wurde die Schweiz aufgefordert, darzulegen, welche Massnahmen sie zur Verhinderung von „racial profiling“, insbesondere auf Flughäfen, unternehme.³²¹

In seinen Schlussbemerkungen zeigte sich der CERD besorgt über die Anwendung von „ethnic profiling“, insbesondere auf Flughäfen. Ebenfalls beanstandet wurde der Mangel einer statistischen Erhebung solcher Vorfälle. Der CERD empfahl der Schweiz, ihre bestehenden nationalen Sicherheitsmassnahmen zu überprüfen und sicherzustellen, dass Personen nicht allein aufgrund ihrer Rasse oder Ethnie zu Zielgruppen derartiger Massnahmen werden. In diesem Zusammenhang lud der CERD die Schweiz ein, ihre General Recommendation No. 31 (2005) betreffend „the prevention of racial

³¹⁸ So kam es in den 80er-Jahren in Grossbritannien zu Ausschreitungen zwischen der Polizei und frustrierten afrokaribischen Bewohnern im Süden Londons (vgl. dazu auch Fn. 325). Ein ähnliches Muster liess sich 2005 in Frankreich beobachten: Der Tod zweier Jugendlicher, die sich aus Angst vor einer Polizeikontrolle in einem Transformatorhäuschen versteckten und durch einen Stromschlag getötet wurden, führte zu einem Flächenbrand von Ausschreitungen in den grösseren französischen Vorortstädten (siehe dazu DIETMAR HÜSER, Die sechs Banlieue-Revoluten im Herbst 2005, in: Hüser [Hrsg.], Frankreichs Empire schlägt zurück, Gesellschaftswandel, Kolonialdebatten und Migrationskulturen im frühen 21. Jahrhundert, Kassel, 2010, S. 15 ff.).

³¹⁹ Vgl. MRA, *Rosalind Williams Lecraft v. Spain*, 1493/2006 (2009), Ziff. 7.2.

³²⁰ Nachweis bei FRA, Handbuch, S. 38 f. m.w.H.

³²¹ CERD, List of issues 2008, S. 3.

discrimination in the administration and functioning of the criminal justice system“ zu beachten. Darüber hinaus wurde die Schweiz aufgefordert für die Kantone Informationen zu „ethnic profiling“ zusammenzustellen.³²²

b. ECRI

Die Europäische Kommission gegen Rassismus und Intoleranz empfahl der Schweiz 2009 das Thema „racial profiling“ bei der Aus- und Weiterbildung von Polizeiangehörigen zu integrieren, Strukturen zum Austausch von „good practices“ zu etablieren sowie Forschungsarbeit auf diesem Gebiet zu lancieren. Darüber hinaus fordert sie eine klare Definition sowie ein eindeutiges Verbot in einem Gesetz.³²³

4.3.5. Situation in der Schweiz

Die Problematik des diskriminierenden Profilings wurde in der Vergangenheit v.a. in den USA³²⁴ und in Grossbritannien³²⁵ thematisiert. Auf dem europäischen Festland schenkte man dieser Form der Diskriminierung lange Zeit nur wenig Beachtung. Dass auch die Schweiz mit diesem Problem konfrontiert sein dürfte³²⁶, illustriert etwa der Jahresbericht 2010 der Ombudsstelle der Stadt Zürich, der diskriminierendes Profiling als einen der Problemschwerpunkte behandelt. Die Ombudsstelle führt im Bericht drei Fallbeispiele auf, in denen der Verdacht bestand, dass die Personen aufgrund diskriminierender Merkmale angehalten wurden. Zwei Fälle in diesem Bericht betrafen dunkelhäutige Männer, ein Fall eine Frau, die angeblich dem Signalement „wahrscheinlich Angehörige einer mobilen ethnischen Minderheit“ entsprach.³²⁷

Wie die Beispiele der Ombudsstelle Zürich verdeutlichen, liegt das Problem des diskriminierenden Profilings im Polizeialltag aus landesrechtlicher Optik schwergewichtig bei Anhaltungen. Die Anhaltung ist eine Fahndungsmassnahme, die sowohl in der StPO (Art. 215) als auch in den meisten kantonalen Polizeigesetzen³²⁸ geregelt ist. Sie dient einerseits der präventiven Gefahrenabwehr (z.B. Verkehrskontrollen oder Personenkontrollen auf Flughäfen oder bei Grossanlässen), andererseits der Verfolgung konkret erfolgter Straftaten (gerichtspolizeiliche Tätigkeit). Eine angehaltene Person wird kurzfristig in ihrer Bewegungsfreiheit eingeschränkt, was einen leichten Eingriff in das Grundrecht der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) zur Folge hat. Zweck einer Anhaltung ist das Ausfindigmachen von Personen, die in Zusammenhang mit einer Straftat stehen (Art. 215 Abs. 1 StPO). Die hierfür zulässigen Mittel, wie die Identitätsfeststellung, Kurzbefragung und Durchsuchung von Behältnissen oder Fahrzeugen, werden in Abs. 2 von Art. 215 StPO aufgeführt. Bei einer Anhaltung spielt es grundsätzlich keine Rolle, ob die angehaltene Person selbst unter Verdacht steht, gesuchte Gegenstände auf sich trägt oder lediglich Beobachtungen gemacht hat und so sachdienliche Hinweise geben kann.³²⁹ Ein konkreter Tatverdacht gegenüber der angehaltenen Person ist im Gegensatz zu einer Festnahme keine Voraussetzung. Es reicht aus, wenn in der konkreten Situation ein sachbezo-

³²² CERD, Concluding Observations Switzerland 2008, Ziff. 14.

³²³ ECRI, 4. Bericht, Ziff. 185 und 187.

³²⁴ Dort wurden auch schon mehrere grössere Studien durchgeführt. Siehe dazu ANDREW GELMAN/JEFFREY FAGAN/ALEX KISS, An Analysis of the New York City Police Department's "Stop-and-Frisk" Policy in the Context of Claims of Racial Bias, in: Journal of the American Statistical Association, 2007, S. 813 ff. m.w.H.

³²⁵ Vgl. den Report von Lord Scarman zu den Ausschreitungen in Brixton: „Brixton Disorders, 10-12 April 1981“, HMSO, 1981.

³²⁶ Vgl. dazu CLAUDIA KAUFMANN, Racial und Ethnic Profiling: Ein bei uns unbekanntes Phänomen?, in: Tangram 26, S. 68 ff.; Amnesty International, Polizei, S. 5 und 87 ff.

³²⁷ Ombudsstelle Stadt ZH, Bericht 2010, S. 1. Die im Bericht aufgeführten Beispiele handeln nicht immer klar von diskriminierendem Profiling. Z.T. liegt der Schwerpunkt bei der Beanstandung des Verhaltens der Polizisten (insb. bei Fallbeispiel 2), was strenggenommen nicht das Profiling betrifft, sondern den allgemeinen Umgang mit Ausländern und Ausländerinnen bzw. Minderheiten im Polizeialltag.

³²⁸ Auflistung bei ALBERTINI/ARMBRUSTER, Rz. 1.

³²⁹ Botschaft Strafprozessrecht, S. 1224.

gener Zusammenhang zwischen der angehaltenen Person und einem Delikt als möglich erscheint.³³⁰ Die Polizei verfügt in diesem Bereich demzufolge über einen weiten Ermessensspielraum. Es müssen in jedem Fall objektiv nachvollziehbare Gründe für eine Anhaltung vorliegen. Diese können sich aus einem auffälligen oder ungewöhnlichen Verhalten in einem bestimmten Kontext, einer örtlichen und zeitlichen Nähe zu einem Delikt, zu einem deliktsträchtigen Ort oder zu einer verdächtigten Person ergeben. Eine starre Grenze, ab wann ein Entscheid zur Anhaltung einer bestimmten Person einem diskriminierenden Profiling gleichkommt, existiert nicht. Es ist stets auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen.

Auf die Aufforderung des CERD³³¹ gab die Schweiz zur Antwort, das Polizeiwesen sei eine kantonale Angelegenheit und der Bundespolizei fehle insofern die Kompetenz, den Kantonen in diesem Zusammenhang Vorschriften zu machen. Die Bundespolizei selbst würde keine Ermittlungen im Sinne von „racial profiling“ tätigen. Die Schweiz verwies auf den Umstand, dass kriminelle Gruppierungen oft aus demselben Land oder derselben Region stammen oder andere charakteristische Gemeinsamkeiten aufweisen würden. Die Nationalität, Hautfarbe oder Religion (bei Ermittlungen gegen islamistischen Terrorismus) könnten dabei (nebst anderen) Indikatoren sein, welche es beim Verständnis des Umfangs und des Einflusses dieser Gruppierungen zu berücksichtigen gelte. Auch wenn diese Indikatoren einen Zusammenhang zu einer Ethnie aufwiesen, seien sie keinesfalls ein grundlegendes Kriterium für die Identifikation potentieller Mitglieder einer kriminellen Gruppe, noch seien sie das primäre Kriterium zur Kontrolle und Durchsuchung von Verdächtigen.³³²

Gestützt auf den ECRI-Bericht über die Schweiz wurde im Jahr 2009 eine Interpellation zum Thema „ethnic profiling“ eingereicht.³³³ Der Bundesrat wurde darin aufgefordert dazulegen, wie der Bundesrat die Empfehlungen des ECRI umzusetzen plane. Der Bundesrat antwortete, dass er die Möglichkeiten der Umsetzung sorgfältig prüfen und bei seiner Entscheidungsfindung berücksichtigen werde. Er verwies des Weiteren auf den Umstand, dass der Grossteil der Empfehlungen kantonale Zuständigkeiten betreffe, weshalb er den Bericht auch den Kantonen, sowie den betroffenen interkantonalen Konferenzen weitergeleitet habe mit der Bitte, die Umsetzung der in ihrem Hoheitsbereich liegenden Massnahmen zu prüfen.³³⁴

4.3.6. Handlungsbedarf

Diskriminierendes Profiling ist eine subtil auftretende Erscheinungsform der Diskriminierung. Deswegen gestaltet sich der Nachweis, sowohl im Einzelfall, wie auch für überwiegend betroffene Minderheitengruppierungen, äusserst schwierig. Demzufolge lässt sich dieses Phänomen auch nicht mit einfachen Rezepten aus der Welt schaffen.

Wie von CERD und ECRI betont, lässt sich dem diskriminierenden Profiling primär mit *guter Polizeiausbildung* begegnen.³³⁵ Angehörige der kantonalen Polizeikorps, der Bundespolizei sowie des Zolls müssen die Problematik kennen und bei jedem Entscheid zu einer Anhaltung im Stande sein, zutreffende und massgebliche Kriterien hierfür zu nennen. Als Faustregel können sich mit derartigen Aufgaben betraute Beamtinnen und Beamte die Frage stellen, ob sie die Zielperson in der identischen

³³⁰ ALBERTINI/ARMBRUSTER, Rz. 7 m.w.H.

³³¹ Siehe bei Fn. 321.

³³² Vgl. Antwort der Schweiz vom 29. Juli 2008, S. 16.

³³³ Interpellation Lumengo vom 24. Sept. 2009, 09.3857.

³³⁴ Antwort des Bundesrates vom 18. Nov. 2009. In der Stadt Zürich war diskriminierendes Profiling Schwerpunktthema des Berichts der Ombudsstelle für das Jahr 2010. Des Weiteren war es dort Thema in Gesprächen der Ombudsfrau mit Verantwortlichen der Stadtpolizei, konnte in der polizeilichen Weiterbildung integriert und vertieft werden und fand schliesslich auch Eingang in die Diskussionen beim „runden Tisch“ (Erfahrungsaustausch der Stadtpolizei Zürich mit interessierten Organisationen), Ombudsstelle Stadt ZH, Bericht 2010, S. 4.

³³⁵ „Ablehnendem und voreingenommenem Denken“ gegenüber einzelnen Ethnien sollte in der Ausbildung aktiv vorgebeugt werden (Charta von Rotterdam, 1997, Ziff. 3.8).

Situation auch anhalten würden, wenn sie einem westeuropäischen Erscheinungsbild entspräche. Eine angehaltene Person, die einen nachvollziehbaren Grund erhält, wird eher geneigt sein Verständnis für die (Routine-)Massnahme aufzubringen. An dieser Stelle besteht auch ein fließender Übergang zum korrekten Umgang mit Angehaltenen. Mit wirksamen Kontrollmechanismen³³⁶ müsste darüber hinaus sichergestellt werden, dass entsprechendes, in Aus- und Weiterbildung erworbenes Wissen in der Praxis konsequent umgesetzt wird.

Auch wenn die Zahlen der EU-MIDIS Studie im Hinblick auf ein diskriminierendes Profiling mit Vorsicht zu geniessen sind,³³⁷ wäre es auch für die Schweiz wertvoll, eine seriöse *statistische Untersuchung* zu erstellen. Die EU-MIDIS Studie könnte dabei als Stossrichtung dienen.

Die ECRI verlangt zudem eine *gesetzliche Definition* und ein *Verbot diskriminierenden Profilings*.³³⁸ Das wäre zweifellos ein legislatorisches Signal, aber ob die mit einem solchen neuen Tatbestand zusammenhängenden juristischen Voraussetzungen und Abgrenzungen im Polizeialltag praktikabel wären, ist zumindest fraglich. U.E. deckt das Diskriminierungsverbot vielmehr das diskriminierende Profiling als Erscheinungsform ausreichend ab. Es würde wohl seines Gehalts entleert, befürwortete man für jede „Unterart“ die Notwendigkeit einer Legaldefinition mit spezifischen Verboten. Dadurch würde die generelle Gültigkeit des Diskriminierungsverbots geschwächt, weil damit implizit signalisiert wird, das Diskriminierungsverbot an sich reiche nicht aus.³³⁹

4.4. Rekrutierung zu Polizeiberufen

In verschiedenen Empfehlungen wurde der Schweiz nahegelegt darauf zu achten, dass ethnische Minderheiten verstärkt Zugang zu Polizeiberufen erhalten, damit eine bessere Diversifizierung des Polizeibestandes erreicht werden kann. Damit sollen interkulturelle Kompetenzen innerhalb des Korps gefördert werden.

4.4.1. Empfehlungen internationaler Überwachungsorgane

Im Rahmen des Dritten Staatenberichtsverfahrens der Schweiz vor dem Menschenrechtsausschuss zeigte sich dieser besorgt über die im Allgemeinen tiefe Anzahl Minderheitsangehöriger bei den Polizeikräften ungeachtet des hohen Anteils der Minderheiten an der schweizerischen Bevölkerung. Er empfahl in der Folge, dass die Schweiz ihre Bemühungen verstärken sollte um eine angemessene Beteiligung der Minderheiten an den Polizeikorps sicherzustellen.³⁴⁰

Die anlässlich der letzten periodischen Überprüfung im Menschenrechtsrat von Kanada abgegebene Empfehlung Nr. 57.11 „[t]o recruit minorities in the police [...]“³⁴¹ lehnte die Schweiz aus Gründen des Föderalismus ab.³⁴²

Auch der CERD³⁴³ und die ECRI³⁴⁴ empfahlen in ähnlicher Form, die Schweiz solle Massnahmen ergreifen, um verstärkt Angehörige von Minderheitengruppen für den Polizeidienst anzuwerben. Die ECRI erwähnte dabei explizit v.a. Personen mit Migrationshintergrund.

³³⁶ Vgl. dazu hinten III.4.5.4.

³³⁷ FRA, Handbuch, S. 30.

³³⁸ Siehe Fn. 323.

³³⁹ Diese Ausführungen schliessen aber nicht aus, dass allenfalls das diskriminierende Profiling in polizeilichen Dienstanweisungen thematisiert wird.

³⁴⁰ MRA, Concluding Observations Switzerland 2009, Ziff. 14.

³⁴¹ UPR Switzerland 2008, S. 15.

³⁴² UPR Switzerland 2008 Add.1, S. 4.

³⁴³ CERD, Concluding Observations Switzerland 2008, Ziff. 12.

³⁴⁴ ECRI, 3. Bericht, Ziff. 37. Im (letzten) vierten Bericht griff die ECRI dieses Thema erneut auf und wies auf positive Entwicklungen in einigen Kantonen hin. Sie formulierte im Bericht selber zwar keine ähnliche Empfehlung mehr,

Die ECRI weist in ihren Allgemeinen Politikempfehlungen Nr. 11 auf die Wichtigkeit hin, „dass die Zusammensetzung der Polizei die Vielfalt der Bevölkerung widerspiegelt, um eine Gesellschaft aufzubauen, deren Mitglieder das Gefühl haben, unabhängig von ihrer nationalen oder ethnischen Herkunft, ihrer Religion, ihrer Sprache oder ihrer sonstigen Merkmale Chancengleichheit zu genießen. Dies ist auch wichtig, um der Polizei neue Kompetenzen, z.B. auch sprachliche, zu verleihen und um ihre Effizienz durch bessere Verständigungsmöglichkeiten mit den Minderheitengruppen zu erhöhen und das Vertrauen dieser Gruppen in die Polizei zu stärken.“³⁴⁵

Mit Hinweis darauf, dass sich die gesamte Bevölkerung in den Sicherheitsbehörden erkennen sollte, empfahl auch die EKR im Jahr 2010 als konkrete Massnahme: „Bei der Rekrutierung wird auf eine diversifizierte Vertretung unterschiedlicher Bevölkerungsteile in den Sicherheitsbehörden geachtet.“³⁴⁶

4.4.2. Situation in der Schweiz

In der Schweiz findet soweit ersichtlich keine eigentliche Debatte um die Aufnahme von Minderheitsangehörigen in Polizeiberufe statt. Vielmehr konzentriert sich die politische Auseinandersetzung auf die Frage der Zulassung von Personen ausländischer Nationalität zu solchen Berufen.

Gemäss Art. 3 i.V.m. 42 und 57 BV sind hauptsächlich³⁴⁷ die Kantone für die innere Sicherheit auf ihrem Gebiet zuständig (sog. Polizeihoheit der Kantone).³⁴⁸ Entsprechend ist es den Kantonen überlassen die Zulassungsbedingungen zu den Polizeiberufen zu regeln. In den meisten Kantonen wird die schweizerische Staatsangehörigkeit vorausgesetzt.³⁴⁹ In den Kantonen Basel-Stadt³⁵⁰, Jura³⁵¹, Neuenburg³⁵² und Genf³⁵³ reicht der Besitz einer Niederlassungsbewilligung C aus. Der Kanton Schwyz³⁵⁴ knüpft formell nicht an einen bestimmten Aufenthaltsstatus an, sondern verlangt von ausländischen Kandidatinnen und Kandidaten eine ausreichende Assimilation (wobei das Beherrschen der Dialektsprache als Selbstverständlichkeit vorausgesetzt wird). Im Kanton Bern stand die Frage der Rekrutierung von ausländischen Staatsangehörigen bei der Polizei im vergangenen Sommer im Parlament zur Debatte.³⁵⁵ Der Regierungsrat verwies auf das Kantonspolizeigesetz, wonach für die Aufnahme in das Polizeikorps das Schweizer Bürgerrecht vorausgesetzt wird. Für bestimmte Spezialbereiche ist eine Ausnahmeklausel vorgesehen, von der bereits Gebrauch gemacht wird. Der Regierungsrat sah deshalb keinen Bedarf an dieser Regelung etwas zu ändern und hielt fest: „Für die Zulassung zur Polizeischule und damit für die Aufnahme in den uniformierten Polizeidienst im Kanton Bern soll das

wies aber in allgemeiner Form auf ihre Allgemeine Politikempfehlung Nr. 11 zur Bekämpfung von Rassismus und Diskriminierung aus rassistischen Gründen in der Polizeiarbeit hin; vgl. ECRI, 4. Bericht, Ziff. 174, 184 und 185.

³⁴⁵ ECRI, Empfehlung Nr. 11 (2007), zu Ziffer 17 der Empfehlung, Ziff. 79.

³⁴⁶ EKR, Tangram 26, S. 124.

³⁴⁷ Der Umfang der teils auf diesem Gebiet bestehenden parallelen bzw. konkurrierenden Zuständigkeiten (BGE 117 Ia 202, S. 216) lässt sich nicht ohne weiteres der BV entnehmen.

³⁴⁸ Siehe dazu vorne bei Fn. 246.

³⁴⁹ Vgl. EKM, Mitreden und Mitgestalten, S. 7, Ziff. 4.2.

³⁵⁰ <http://www.polizei.bs.ch/polizeiberuf/anforderungsprofil.htm>.

³⁵¹ <http://www.jura.ch/DFJP/POC/Travailler-a-la-police.html>.

³⁵² „Nationalité: les candidats seront de nationalité suisse au terme de l'année de formation ou titulaires du permis d'établissement C. Les étrangers titulaires du permis C doivent être domiciliés dans le canton de Neuchâtel depuis 5 ans au moins pour être admis aux concours“. (<http://www.ne.ch/neat/site/jsp/rubrique/rubrique.jsp?StyleType=bleu&CatId=1535>).

³⁵³ „CH ou permis de séjour donnant accès à la nationalité CH“; <http://www.geneve.ch/police/recrutement/metiers/bpts/welcome.asp?rubrique=conditions-d-admissionBPTS>.

³⁵⁴ http://www.sz.ch/xml_1/internet/de/application/d999/d2537/d2538/d26943/p26945.cfm.

³⁵⁵ Anstoss waren zwei Motionen (Nr. 159-2011 und 166-2011), die verlangten, dass das Schweizer Bürgerrecht zwingende Voraussetzung bei der Rekrutierung bleibe.

Schweizer Bürgerrecht bis auf weiteres weiterhin eine der notwendigen Voraussetzungen bleiben.“³⁵⁶

Für Polizeikräfte des Bundes sind die entsprechenden Regelungen des Bundespersonalrechts zu beachten: Gemäss Art. 8 Abs. 3 des Bundespersonalgesetzes kann der Bundesrat, soweit erforderlich, durch Verordnung regeln, welche Arbeitsverhältnisse nur Personen mit Schweizer Bürgerrecht zugänglich sein sollen.³⁵⁷ In der Bundespersonalverordnung überlässt es der Bundesrat den Departementen für spezifische Tätigkeitsgebiete die Schweizer Staatsangehörigkeit als Anstellungsbedingung vorzuschreiben.³⁵⁸ Betroffen davon sind u.a. Personen mit polizeilichen Befugnissen, insb. Angehörige des Grenzwachtkorps³⁵⁹ sowie gewisse Schlüsselfunktionen bei der Bundeskriminalpolizei³⁶⁰.

Vor dem Hintergrund der unterschiedlichen kantonalen Zulassungsvoraussetzungen reichte Nationalrat Joder im Jahr 2011 eine Motion mit dem Titel „Keine Polizistinnen und Polizisten ohne Schweizer Pass“ ein.³⁶¹ Darin wird der Bundesrat aufgefordert, eine einheitliche bundesrechtliche Rechtsgrundlage zu schaffen, die es einzig Schweizer Bürgerinnen und Bürgern erlauben würde die Tätigkeit als Polizistin oder Polizist auszuüben. Der Bundesrat erachtet eine Verfassungsänderung, die dem Bund angesichts der kantonalen Polizeihoheit die Zuständigkeit erteilen würde eine entsprechende einheitliche Zulassungsregelung zu erlassen, als nicht angezeigt und beantragt die Motion abzulehnen.³⁶² Die Motion wurde im Plenum bis jetzt noch nicht behandelt.

4.4.3. Handlungsbedarf

In den Empfehlungen wird nirgends explizit verlangt Personen zu rekrutieren, die nicht über das Schweizer Bürgerrecht verfügen. Es wird lediglich verlangt, dass vermehrt auch Angehörige von Minderheiten bei der Rekrutierung von Polizeipersonal berücksichtigt werden. Eingebürgerte und Doppelbürger und -bürgerinnen würden diesem Anliegen entsprechen. Gewisse Kantone haben ihre Anforderungen so formuliert, dass auch Personen mit einem C-Ausweis zum Polizeiberuf zugelassen werden. Die offenste Formulierung der Zulassungsvoraussetzung hat der Kanton Schwyz, der auch „assimilierte Ausländer“ zulässt.

U.E. sollte der Fokus der Diskussion in diesem Punkt vom rein formalen Kriterium der Staatsangehörigkeit gelöst werden. Bei gewissen Funktionen in einem Staatswesen, die einen hoheitlichen Aufgabenbereich abdecken, mag der Besitz der Staatsbürgerschaft durchaus eine legitime Zulassungsvoraussetzung sein. Dies stellt indes kein grundlegendes Hindernis dafür dar, Personen mit Migrationshintergrund verstärkt für eine Bewerbung zu Polizeiberufen zu motivieren.

4.5. Rechtsschutz gegen polizeiliche Übergriffe³⁶³

4.5.1. Prozessuale menschenrechtliche Vorgaben

a. Untersuchungspflicht des Staates und Beweislastumkehr

Aus Art. 2 EMRK ergibt sich für die Vertragsstaaten die Pflicht, alle aussergewöhnlichen Todesfälle in einer Art und Weise zu untersuchen, welche Gewähr für die Aufklärung der Verantwortlichkeiten

³⁵⁶ Gemeinsame Antwort des Regierungsrates des Kantons Bern vom 17. Aug. 2011, Geschäfts-Nr.: 2011.0784, S. 5.

³⁵⁷ BPG, SR 172.220.1.

³⁵⁸ BPV, SR 172.220.111.3.

³⁵⁹ Antwort des Bundesrates auf die Interpellation Lumengo (09.3857), Ziff. 2.

³⁶⁰ Antwort des Bundesrates auf die Motion Joder (11.3211).

³⁶¹ Nr. 11.3211.

³⁶² Antwort des Bundesrates auf die Motion Joder (11.3211).

³⁶³ Siehe dazu auch JÖRG KÜNZLI/ANJA EUGSTER, Recommandation 56.5: Prévention des actes de violence à l'égard des étrangers, in: SKMR, Etude sur le suivi des recommandations adressées à la Suisse dans le cadre de l'examen périodique universel du Conseil des droits de l'homme de l'ONU, S. 35 ff.

bietet.³⁶⁴ Gefordert ist eine gründliche, unabhängige³⁶⁵ und exakte Untersuchung.³⁶⁶ Der EGMR anerkennt diese Untersuchungspflicht als eigenständigen, verfahrensrechtlichen Teilgehalt von Art. 2 EMRK.³⁶⁷ Eine analoge Pflicht trifft den Staat, wenn eine Person glaubwürdig behauptet, Opfer von Folter, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung resp. Bestrafung gemäss Art. 3 EMRK geworden zu sein.³⁶⁸ Einer besonders umfassenden Untersuchungspflicht unterliegt ein Vertragsstaat der EMRK, wenn Verdachtsmomente bestehen, dass dem Verstoß rassistische Motive zugrunde liegen.³⁶⁹ Ratio dieser selbstständigen Teilgehalte ist eine prozessuale Absicherung der beiden fundamentalen Menschenrechtsgarantien. Diese wären zu grossen Teilen ihres materiellen Gehalts entleert, müssten die Staaten behaupteten Verletzungen nicht sorgfältig und ernsthaft nachgehen.

Das Bundesgericht stützte sich in BGE 131 I 455 unter Verweis auf die Rechtsprechung des EGMR auf den prozessualen Teilgehalt von Art. 3 EMRK ab.³⁷⁰ In diesem Fall ging es um eine Person, die sich bei einer Anhaltung durch die Polizei unbestrittenermassen körperliche Verletzungen zugezogen hatte. Unklar blieb bei der Sachverhaltsabklärung, wie es bei der Anhaltung zu diesen Verletzungen kommen konnte. In diesem Punkt widersprachen sich die Aussagen der beiden an der Festnahme beteiligten Polizisten und dem Festgenommenen diametral. Die kantonale zuständige Untersuchungsbehörde eröffnete mangels „konkreter Anhaltspunkte“ kein Strafverfahren - dies lediglich gestützt auf die sich widersprechenden Aussagen. Dem Bundesgericht genügte diese Aktenlage nicht um einer wirksamen und vertieften Untersuchung gerecht zu werden. Hierfür hätten noch Zeugen einvernommen werden sollen sowie die Unterlagen des Kantonsspitals beigezogen werden müssen.³⁷¹ Das Bundesgericht wies die kantonalen Behörden daher an, die Vorwürfe gründlicher zu untersuchen, jedoch unter ausdrücklicher Betonung, dass dies keiner Vorverurteilung der betroffenen Polizeibeamten gleichkommen dürfe, da diese selbstverständlich unter dem Schutz der Unschuldsvermutung stünden.³⁷²

Korrelat zur Untersuchungspflicht ist die Pflicht des Staates, nach Aufdeckung einer Verletzung die hierfür verantwortlichen Personen strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen.³⁷³

³⁶⁴ Grundlegend: EGMR (Grand Chamber), *McCann and Others v. The United Kingdom*, 18984/91 (1995), Ziff. 161: „The obligation to protect the right to life under this provision (art. 2), (...) requires by implication that there should be some form of effective official investigation when individuals have been killed as a result of the use of force by, inter alios, agents of the State.“ Vgl. auch EGMR (Grand Chamber), *Ramsahai and Others v. The Netherlands*, 52391/99 (2007), Ziff. 321 ff.; EGMR, *Finucane v. The United Kingdom*, 29178/95 (2003), Ziff. 67 ff. Gleiche Untersuchungspflichten leiten sich auch aus dem Pakt II ab: Vgl. MRA, *Baboeram and Others v. Suriname*, 146/1983 and 148-154/1983 (1985), Ziff. 16 (Tötung verhafteter Personen durch die Militärpolizei), *Rubio and Parents v. Colombia*, 161/83 (1987), Ziff. 10.3 (Verschwindenlassen). Im schweizerischen Strafverfahren hat diese Untersuchungspflicht in Art. 253 StPO Niederschlag gefunden.

³⁶⁵ EGMR, *Nachova and Others v. Bulgaria*, 43577/98 und 43579/98 (2005), Ziff. 112: „independent and impartial, in law and in practice“.

³⁶⁶ Vgl. EGMR, *Giuliani and Gaggio v. Italy*, 23458/02 (2009), Ziff. 207, mit Verweis auf *McCann and Others v. The United Kingdom* und *Çakıcı v. Turkey*.

³⁶⁷ Vgl. etwa EGMR, *Taïs v. France*, 39922/03 (2006), Ziff. 105 ff.

³⁶⁸ Grundlegend: EGMR, *Labita v. Italy*, 26772/95 (2000), Ziff. 131. Siehe auch: EGMR, *Stoica v. Romania*, 42722/02 (2008), Ziff. 67, und *Shchukin and Others v. Cyprus*, 14030/03 (2010), Ziff. 101 ff. Explizit wird eine solche Untersuchungspflicht überdies in Art. 12 FoK stipuliert. Siehe dazu auch CAT: Manual on the Effective Investigation and Documentation of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment; <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training8Rev1en.pdf>.

³⁶⁹ EGMR, *Bekos and Koutropoulos v. Greece*, 15250/02 (2005), Ziff. 69 ff., mit Verweis auf *Nachova and Others v. Bulgaria*, 43577/98 und 43579/98 (2005), Ziff. 158 f.

³⁷⁰ BGE 131 I 455, S. 462.

³⁷¹ BGE 131 I 455, S. 465.

³⁷² Vgl. Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 2 EMRK; BGE 131 I 455, S. 466, E. 2.3.

³⁷³ Siehe MRA, General Comment No. 31 (2004), Ziff. 18.

Wird jemand, der sich in Haft oder anderweitig unter polizeilicher Kontrolle befindet, verletzt, unmenschlich behandelt oder gar getötet, so liegt zusätzlich die Beweislast gemäss ständiger Rechtsprechung des EGMR beim Staat, eine plausible Erklärung für die Beeinträchtigung von Leib und Leben zu liefern.³⁷⁴ Der Staat muss in solchen Fällen nachweisen, dass die eingetretene Beeinträchtigung der Gesundheit oder der Tod entweder nicht von einem staatlichen Organ verursacht wurde oder falls doch, dass dieses ursächliche Verhalten rechtmässig war. Diese Beweislastumkehr erfolgt in Anerkennung der prekären Beweislage für ein Opfer staatlicher Übergriffe, welches sich unter vollständiger Kontrolle des Staates befindet und ist letztlich Ausfluss der Untersuchungspflicht des Staates.

b. Bereitstellung eines effektiven Rechtsschutzes

Art. 13 EMRK verankert das Recht, im Falle einer Verletzung einer durch die Konvention anerkannten Garantie „bei einer innerstaatlichen Instanz eine wirksame Beschwerde zu erheben, auch wenn die Verletzung von Personen begangen worden ist, die in amtlicher Eigenschaft gehandelt haben“. Die Vertragsstaaten sind somit verpflichtet, wirksame Beschwerdemöglichkeiten bereitzustellen, um eine Konventionsverletzung durch Polizeimitglieder in Ausübung ihrer Tätigkeiten geltend machen zu können. Diese Bestimmung ist insbesondere im Hinblick darauf relevant, dass polizeiliches Handeln in aller Regel als Realakt zu qualifizieren ist, eine Anfechtung jedoch unabhängig von der rechtlichen Form des staatlichen Aktes möglich sein muss.³⁷⁵ Der Zugang zu einem eigentlichen Gerichtsverfahren wird damit nicht gefordert. Es genügt, wenn eine betroffene Person an eine hinreichend unabhängige Beschwerdeinstanz gelangen kann. Allerdings ist sicherzustellen, dass ein Anspruch auf Prüfung der Vorbringen besteht und die Beschwerdestelle eine angefochtene Handlung allenfalls aufheben bzw. deren Auswirkungen beheben kann.³⁷⁶ Die Überprüfung durch Organe, welche nur Empfehlungen abgeben können, erfüllt indes nicht die Anforderungen einer wirksamen Beschwerdemöglichkeit i.S.v. Art. 13. EMRK.³⁷⁷

Eine vergleichbare Regelung findet sich auch in Art. 2 Abs. 3 Pakt II, wonach die Vertragsstaaten u.a. verpflichtet sind wirksame Beschwerdemöglichkeiten zur Anfechtung von Paktverletzungen bereitzustellen. Dies können Justiz- oder Verwaltungsmechanismen sein, wobei insbesondere Letztere gefordert sind, „to give effect to the general obligation to investigate allegations of violations promptly, thoroughly and effectively through independent and impartial bodies.“³⁷⁸ Ein wirksames Rechtsmittel ist zudem nur gegeben, wenn im Falle eines Verstosses die betroffene Person eine Wiedergutmachung – z.B. in Form einer Entschädigung, Rehabilitierung oder öffentlichen Entschuldigung – erhält.³⁷⁹

Auch andere internationale Übereinkommen enthalten ähnliche Bestimmungen, so haben etwa nach Art. 6 RDK die Vertragsstaaten „einen wirksamen Schutz und wirksame Rechtsbehelfe durch die zuständigen nationalen Gerichte und sonstigen staatlichen Einrichtungen gegen alle rassistisch diskriminierenden Handlungen“ zu gewährleisten. Art. 4 lit. a dieses Vertrages hält die Staaten zudem etwa an, rassistisch motivierte Übergriffe für strafbar zu erklären.

4.5.2. Empfehlungen internationaler Überwachungsorgane

Auf universeller Ebene war der Menschenrechtsausschuss bereits im Jahr 2001 „profondément préoccupé par le fait que des informations font état de brutalités policières à l’égard de personnes mises en état d’arrestation et détenues, notant que souvent ces personnes sont des étrangers. Il est éga-

³⁷⁴ EGMR, *Selmouni v. France*, 25803/94 (1999), Ziff. 87; *Ribitsch v. Austria*, 18896/91 (1995), Ziff. 34; *Gladovic v. Croatia*, 28847/08 (2011), Ziff. 48 und 53; *Predica v. Romania*, 42344/07 (2011), Ziff. 53.

³⁷⁵ Vgl. etwa KÜNZLI/KIND, S. 62 ff.

³⁷⁶ Vgl. z.B. BGE 128 I 167, S. 174.

³⁷⁷ FROWEIN/PEUKERT, S. 393.

³⁷⁸ MRA, General Comment No. 31 (2004), Ziff. 15.

³⁷⁹ Ibid., Ziff. 16.

lement préoccupé de ce que de nombreux cantons ne possèdent pas de mécanismes indépendants d'enquête sur les plaintes concernant les violences et autres agissements répréhensibles que commettrait la police. La possibilité d'intenter une action en justice ne saurait se substituer à de tels mécanismes."³⁸⁰ Beim letzten Staatenberichtsverfahren im Jahr 2009 wiederholte er diese Besorgnis und forderte die Schaffung unabhängiger Mechanismen in allen Kantonen mit der Kompetenz zur Entgegennahme und Untersuchung aller Beschwerden wegen übermässiger Gewaltanwendung, Misshandlungen oder anderer Missbräuche durch die Polizei. Zudem sollte die Schweiz eine nationale Datenbank über gegen die Polizei erhobene Beschwerden erstellen.³⁸¹

Ähnliche Forderungen brachte ausserdem wiederholt der *UNO-Ausschuss gegen Folter* an. Zuletzt wies er die Schweiz im Jahr 2010 darauf hin, dass die Möglichkeit an ein ordentliches Gericht zu gelangen, der Schaffung unabhängiger Instanzen in allen Kantonen, die Anzeigen gegen Polizeianghörige wegen gewalttätiger Übergriffe oder Misshandlungen entgegennehmen können, nicht entgegenstehe.³⁸² Der *UNO-Sonderberichterstatter gegen Rassismus* im Jahr 2007³⁸³ und der *CERD* im Folgejahr³⁸⁴ empfahlen zur Untersuchung von behördlichen Rassismusvorwürfen ebenfalls die Einrichtung eines unabhängigen Mechanismus. Des Weiteren akzeptierte die Schweiz im Rahmen des Staatenberichtsverfahrens vor dem *UNO-Menschenrechtsrat* eine Empfehlung von Nigeria, welche von der Schweiz forderte, dass sie einerseits die nötigen Schritte zur Verhütung von gewalttätigen rassistisch oder ausländerfeindlich motivierten Übergriffen von Sicherheitskräften gegenüber Ausländerinnen, Immigranten oder Asylsuchenden ergreife, und andererseits die Täter vor Gericht stelle.³⁸⁵ Es kann davon ausgegangen werden, dass der zweitgenannte Aspekt in einem weiten Sinn zu verstehen ist, d.h. damit nicht nur die Überführung in ein eigentliches Gerichtsverfahren gemeint ist, sondern allgemein die Verhinderung von Fällen der Straflosigkeit durch die Bereitstellung von effektiven und unabhängigen Beschwerdemöglichkeiten.

Auf europäischer Ebene wies der damalige *Menschenrechtskommissar des Europarates* Alvaro Gil-Robles nach seinem Besuch in der Schweiz im Jahr 2004 auf die dringende Notwendigkeit hin, die bestehenden Beschwerdemechanismen zur Geltendmachung von Gewaltanwendungen durch Polizeianghörige zu überprüfen. Zu denken sei an die Einrichtung nicht-gerichtlicher, von den Behörden unabhängigen, Instanzen – z.B. Ombudspersonen –, welche neben Gerichtsverfahren Bestand haben sollten.³⁸⁶ Der gegenwärtige Menschenrechtskommissar Thomas Hammarberg betonte in einer allgemeinen Stellungnahme im Jahr 2009 die vom EGMR entwickelten fünf Grundsätze für die effektive Untersuchung von Beschwerden gegen die Polizei, welche auf Art. 2 und 3 EMRK basieren:³⁸⁷ Unabhängigkeit, Angemessenheit, Unverzüglichkeit, öffentliche Überprüfung und Einbeziehung des Opfers.³⁸⁸ Er tat dar, dass diese Prinzipien „auch ein hilfreiches Bezugssystem für das gesamte polizeiliche Beschwerdeverfahren“ bilden.³⁸⁹ Als Ergänzung zu Rechtsbehelfen des Strafrechts, öffentlichen Rechts und Zivilrechts sollte ein Polizeibeschwerdesystem gegen polizeiliches Fehlverhalten bestehen, in welchem eine unabhängige Polizeibeschwerdestelle eine zentrale Rolle spielen sollte.³⁹⁰

Die *ECRI* forderte in ihrem Bericht zur vierten Überwachungsperiode die Einrichtung eines unabhängigen Mechanismus zur Untersuchung von Rassismus-Vorwürfen durch die Behörden in der

³⁸⁰ MRA, Concluding Observations Switzerland 2001, Ziff. 11.

³⁸¹ MRA, Concluding Observations Switzerland 2009, Ziff. 14.

³⁸² CAT, Concluding Observations Switzerland 2010, Ziff. 9.

³⁸³ Special Rapporteur, Racism 2007, Ziff. 90.

³⁸⁴ CERD, Concluding Observations Switzerland 2008, Ziff. 16.

³⁸⁵ UPR Switzerland 2008, Ziff. 40 und 50.

³⁸⁶ Commissioner for Human Rights, Report 2005, Ziff. 111 und 113.

³⁸⁷ Commissioner for Human Rights, Opinion 2009.

³⁸⁸ Ibid., Ziff. 30 und 62 ff.

³⁸⁹ Ibid., Ziff. 62.

³⁹⁰ Ibid., Ziff. 25 und 29 ff. Zu den Hauptaufgaben einer unabhängigen Polizeibeschwerdestelle: vgl. *ibid.*, Ziff. 22.

Schweiz.³⁹¹ In der Allgemeinen Politischen Empfehlung Nr. 11 hielt etwa die ECRI fest, dass die Einleitung eines wirksamen Untersuchungsverfahrens, welches den Kriterien des EGMR und des Europäischen Ausschusses zur Verhütung von Folter entspreche, zu gewährleisten sei.³⁹² Eine Untersuchung müsse daher geeignet, umfassend, vertieft, prompt, sorgfältig und unabhängig sein.³⁹³ In derselben Empfehlung sprach sich die ECRI zudem dafür aus, dass es notwendig sei, „ein System zu schaffen, das es den Opfern erlaubt, sich vertrauensvoll bei einer unabhängigen Stelle zu beschweren, deren Hauptaufgabe darin besteht, die Arbeit der Polizei zu kontrollieren“³⁹⁴. Diese Stelle müsse die erforderlichen Kompetenzen besitzen, wie z.B. die Befugnis, Unterlagen anzufordern oder Vernehmungen durchzuführen. Diese Aufgabe könne durch eine nationale Instanz zum Schutz und zur Förderung der Menschenrechte wahrgenommen werden, durch eine auf Polizeifragen spezialisierte Ombudsstelle, eine zivile Kontrollkommission der Polizeiarbeit oder ein besonderes Gremium im Sinne der Allgemeinen Politischen Empfehlung Nr. 2.³⁹⁵

Der CPT empfahl den Genfer Behörden die Einsetzung eines Aufsichtsorgans für die Überwachung von Beamten (u.a. Polizei), welches vollständig unabhängig von den Diensten sein müsse, die es zu kontrollieren hat. Es sollte zudem die Kompetenzen haben, Anzeigen zu bearbeiten, und den im 14. Jahresbericht des CPT ausgearbeiteten Kriterien entsprechen.³⁹⁶

Schliesslich stellte im Jahr 2006 der EGMR eine Verletzung des Rechts auf Leben der Schweiz fest, weil die für die Untersuchung eines Todesfalls verantwortlichen Polizeikräfte nicht unabhängig von denjenigen waren, welche in den Todesfall involviert waren: Die untersuchenden Organe dürften den für den inkriminierten Vorfall verantwortlichen Organen weder hierarchisch noch institutionell untergeben sein und müssten andererseits auch in der Praxis unabhängig sein.³⁹⁷ Es ist davon auszugehen, dass diese Erfordernisse auch bei Untersuchungen weiterer Handlungen staatlicher Akteure zum Tragen kommen, zumindest wenn glaubwürdig eine Handlung behauptet wird, welche den Grad einer erniedrigenden Behandlung im Sinne von Art. 3 EMRK erreichen könnte.³⁹⁸

Auf nationaler Ebene stellte die *Eidgenössische Kommission gegen Rassismus* im Rahmen der Studie „Recht gegen rassistische Diskriminierung – Analyse und Empfehlungen“ fest, in der Schweiz bestünden grosse Mängel im Bereich der Durchsetzung und Wirkung des Rechts. Durchsetzungshemmnisse bei diskriminierenden Handlungen von Polizeibehörden sah die EKR etwa darin, dass Aussagen der Polizei oft höher gewertet werden als die Anschuldigungen einer betroffenen Person, da sich die Mitglieder einer Polizeipatrouille die Aussagen oft gegenseitig bestätigen. Zudem komme es wiederholt zur Einstellung von Untersuchungen, weil der vorgesetzten Person, die ein Verfahren einleitet, die nötige Unabhängigkeit fehle und in der Folge das Verfahren nicht effektiv umgesetzt werde. Die EKR empfahl die Schaffung effektiver Durchsetzungsinstrumente wie z.B. Schlichtungs- und Ombudsstellen, welche beratende oder vermittelnde Funktionen wahrnehmen.³⁹⁹ In ihrer Stellungnahme an den CERD sah die EKR zudem insbesondere die Unabhängigkeit von Voruntersuchungsinstanzen bei Vorwürfen wegen rassistischen Verhaltens der Polizeibehörden als problematisch an.⁴⁰⁰ Sie schlug in ihren Empfehlungen im Jahr 2010 als konkrete Massnahme erneut die Einrichtung von Ombudsstel-

³⁹¹ ECRI, 4. Bericht, Ziff. 186.

³⁹² ECRI, Empfehlung Nr. 11 (2007), zu Ziffer 9 der Empfehlung, Ziff. 54.

³⁹³ Vgl. z.B. EGMR, *Mikheyev v. Russia*, 77617/01 (2006).

³⁹⁴ ECRI, Empfehlung Nr. 11 (2007), zu Ziffer 10 der Empfehlung, Ziff. 58.

³⁹⁵ Ibid., zu Ziffer 10 der Empfehlung, Ziff. 59 f.

³⁹⁶ CPT/Inf (2008) 33, Ziff. 43.

³⁹⁷ EGMR, *Scavuzzo-Hager et al. v. Switzerland*, 41773/98 (2006).

³⁹⁸ Vgl. S. 41, Fn. 368 f.

³⁹⁹ EKR, Analyse und Empfehlungen, S. 2 und 46 ff.

⁴⁰⁰ Stellungnahme der EKR an den CERD anlässlich der Berichterstattung der Schweiz in ihrem Vierten, Fünften und Sechsten Länderbericht gegenüber dem CERD, 8. – 11. Aug. 2008, S. 15.

len in allen Kantonen und Städten vor sowie bei Bedarf die Schaffung einer spezifischen Polizei-Ombudsstelle.⁴⁰¹

4.5.3. Situation in der Schweiz

In der Schweiz berichten Medien und NGOs regelmässig über übermässige Gewaltanwendungen und rassistisch motivierte Übergriffe durch Sicherheitskräfte. V.a. von Letzteren scheinen überproportional häufig Personen afrikanischen Ursprungs betroffen zu sein.⁴⁰²

Öffentlich zugängliche Gesamtstatistiken zu allen Beschwerdeverfahren gegen Polizeibeamte bestehen soweit ersichtlich weder auf kantonaler noch eidgenössischer Ebene.

Aus einer an den CAT übermittelten Statistik geht jedoch hervor, dass in den Kantonen Genf, Waadt, Basel-Stadt, Zürich und Bern im Jahr 2010 insgesamt 86 Beschwerden zu Polizeigewalt eingegangen sind, wovon gerademal 38 zu strafrechtlichen Verfolgungen geführt haben und es davon viermal zu Verurteilungen kam und einmal eine Entschädigung zugesprochen wurde.⁴⁰³ Gemäss den jüngsten Berichten „Rassismusvorfälle in der Beratungspraxis“ des Beratungsnetzes für Rassismusopfer haben in diesem Bereich die gemeldeten Vorfälle in den letzten Jahren zugenommen.⁴⁰⁴ Hingegen kam es kaum zu strafrechtlichen Verurteilungen von Sicherheitsorganen wegen rassistisch motivierter Übergriffe.⁴⁰⁵ Der Ausschuss zur Beseitigung jeder Form von Rassismus (CERD) warnte jedoch davor, solche Statistiken unbedingt als positiv zu werten. Diese könnten ebenso gut aufzeigen, dass Opfer nicht genügend über ihre Rechte informiert seien, sie soziale Missbilligung oder Vergeltung befürchteten, vor möglichen Kosten und einem komplexen gerichtlichen Verfahren zurückschreckten, es an Vertrauen in die Polizei und die richterlichen Behörden fehle oder dass den Behörden rassistische Übergriffe nicht genug bewusst seien.⁴⁰⁶ Solche Überlegungen haben wohl für jegliche Art von polizeilichen Übergriffen zu gelten. Es bestehen daher begründete Indizien zur Annahme, dass von einer doch erheblichen Dunkelziffer ausgegangen werden darf.⁴⁰⁷

In der Schweiz bestehen bisher zur Durchsetzung des Rechts bei Übergriffen durch Staatsangestellte, d.h. auch bei Polizeihandlungen, folgende Mechanismen: die Einleitung eines Strafverfahrens, einer Aufsichtsbeschwerde, einer Beschwerde an eine parlamentarische Ombudsstelle, einer Verantwortlichkeitsklage oder eines Verwaltungsverfahrens.⁴⁰⁸

a. Strafverfahren

Ein Opfer von behördlichen Übergriffen kann ein Strafverfahren einleiten, indem es bei der Polizei oder direkt bei der Staatsanwaltschaft Anzeige erhebt. Polizeiangehörige, die während ihrer amtlichen Tätigkeit Straftaten feststellen, sind verpflichtet, dies selbst auch zur Anzeige zu bringen.⁴⁰⁹ Zudem sind alle Strafbehörden im Rahmen ihrer Zuständigkeit zur Einleitung und Durchführung eines Verfahrens verpflichtet, wenn ihnen Straftaten oder darauf hinweisende Verdachtsgründe bekannt

⁴⁰¹ Tangram 26, S. 125.

⁴⁰² Vgl. Amnesty International, Polizei, S. 76 und 86 ff.; Beratungsnetz für Rassismusopfer, 2010, S. 3 und 19.

⁴⁰³ CAT, Responses Switzerland 2011, Ziff. 4.

⁴⁰⁴ So wurden 2008 neun, 2009 sechzehn und 2010 bereits 23 Vorfälle gemeldet; siehe Beratungsnetz für Rassismusopfer, 2008, S. 12, 2009, S. 14, und 2010, S. 15.

⁴⁰⁵ Nach einer Statistik der EKR zu Urteilen nach Artikel 261bis StGB wurde zwischen 2005 und 2009 lediglich ein Fall entschieden, bei welchem Angestellte im öffentlichen Dienst – namentlich Strafvollzugsbeamte – Täter waren; EKR, Sammlung Rechtsfälle, Statistischer Überblick nach Tätergruppen (Stand: 30. Sept. 2010): <http://www.ekr.admin.ch/dienstleistungen/00169/00172/00178/index.html?lang=de> (besucht am 10. Jan. 2012); Entscheid Nr. 2009-18.

⁴⁰⁶ CERD, General Recommendation No. 31 (2005), Ziff. 1 (b).

⁴⁰⁷ Vgl. Beratungsnetz für Rassismusopfer, 2010, S. 8; Amnesty International, Polizei, S. 4.

⁴⁰⁸ Vgl. NAGUIB, S. 135 ff.; EKR, Analyse und Empfehlungen, S. 17.

⁴⁰⁹ Art. 302 Abs. 1 StPO; es besteht jedoch keine Verpflichtung, sich selbst zu belasten, Art. 302 Abs. 3 i.V.m. Art. 113 Abs. 1 StPO.

werden.⁴¹⁰ Des Weiteren besteht bei Officialdelikten von Amtes wegen die Verpflichtung ein Verfahren einzuleiten. Aufgrund von Strafverfolgungsprivilegien, welche dem Schutz der Polizeikräfte vor mutwilliger Strafverfolgung dienen, kann eine Strafverfolgung von Mitgliedern der Polizeibehörden für im Amt begangene Verbrechen oder Vergehen jedoch gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. b StPO noch von der Ermächtigung einer nicht-richterlichen Behörde abhängig gemacht werden. Kommt es zu einer Strafverfolgung, werden die notwendigen Untersuchungen entweder durch die Polizei oder die Staatsanwaltschaft durchgeführt. Abgeschlossen wird das Vorverfahren durch einen Entscheid der Staatsanwaltschaft zur Anklageerhebung, Einstellung oder den Erlass eines Strafbefehls.

Die Untersuchungen werden grundsätzlich auch dann von der Polizei oder ordentlichen Staatsanwaltschaft geführt, wenn ein Polizeiangehöriger einer in Ausübung seiner Amtstätigkeit verübten Tat beschuldigt wird. Es sind also oftmals die Arbeitskollegen und -kolleginnen einer beschuldigten Person, welche Einfluss auf den Entscheid nehmen können, ob der Vorwurf eines polizeilichen Übergriffes genügt um einen Tatverdacht zu begründen. Dies ist aufgrund der persönlichen und institutionellen Verflechtung problematisch, da immer zumindest aus Sicht einer aussenstehenden Person der Anschein von Befangenheit und fehlender Unabhängigkeit bestehen wird.⁴¹¹ Auch die Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft, welche institutionell bedingt eng mit der Polizei zusammenarbeitet, kann nicht stets als gegeben eingestuft werden.

Soweit ersichtlich, haben die wenigsten Kantone zur Untersuchung von strafbaren Handlungen der Polizei eine Einheit eingeführt, die in keiner Weise mit den normalen Polizeieinheiten verbunden ist und/oder unabhängig von der Staatsanwaltschaft, die eng mit der Polizei zusammenarbeitet. Erst wenn die Staatsanwaltschaft im Anschluss an das Vorverfahren Anklage erhebt, wird der Tatverdacht durch eine richterliche Instanz überprüft und abgeklärt.

Als positives Beispiel kann der Kanton Tessin genannt werden, in welchem alle Verfahren gegen Polizeiangehörige entweder direkt vom Generalstaatsanwalt oder von Staatsanwälten und -anwältinnen, die ansonsten Fälle aus dem Bereich der Wirtschaftskriminalität übernehmen und nicht für Straftatbestände zuständig sind, in welchen normalerweise die Polizei ermittelt, untersucht werden. Als Gründe dafür nennt der Kanton Tessin das Vermeiden unangenehmer zwischenmenschlicher Situationen und die Förderung einer effizienteren Zusammenarbeit.⁴¹²

Strafanzeigen sind ausserdem grundsätzlich oft kein geeignetes Mittel zur Verhinderung polizeilicher Übergriffe. Vielmehr provozieren solche nämlich die Erhebung einer Gegenanzeige wegen Hinderung einer Amtshandlung oder Gewalt und Drohung gegen Beamte und Beamtinnen. In der Folge laufen die Verfahren oft ins Leere.⁴¹³

Schliesslich ist die Eignung von Strafverfahren zur Geltendmachung von Polizeiübergriffen auch in Folge der menschenrechtlich geforderten Beweislastumkehr problematisch.⁴¹⁴ Im Strafverfahren wird stets nach der individuellen strafrechtlichen Verantwortlichkeit gesucht. Dabei muss der Staat nachweisen, dass die angeklagte Person das ihr vorgeworfene Delikt begangen hat. Lässt sich kein hinreichender Tatverdacht erhärten oder bestehen „unüberwindliche Zweifel an der Erfüllung der tatsächlichen Voraussetzungen der angeklagten Tat“⁴¹⁵, so ist die Untersuchung einzustellen resp. der oder die Angeklagte freizusprechen. Der Grundsatz „im Zweifel für den Angeklagten“ steht damit in einem Spannungsverhältnis zur menschenrechtlich vorgegebenen Beweislastumkehr zu Lasten des

⁴¹⁰ Art. 7 Abs. 1 StPO.

⁴¹¹ Weiter erscheint problematisch, wenn während solcher Untersuchungen Arbeitskolleginnen und -kollegen Einsicht in höchstpersönliche Daten der beschuldigten Person nehmen können.

⁴¹² Information von der Tessiner Staatsanwaltschaft vom 15. Sept. 2011.

⁴¹³ Vgl. auch Amnesty International, Polizei, S. 131.

⁴¹⁴ Siehe vorne III.4.5.1.a.

⁴¹⁵ Art. 10 Abs. 3 StPO.

Staates.⁴¹⁶ In diesem Sinn hat der EGMR festgehalten: „[W]hatever the outcome of the domestic [criminal] proceedings, the conviction or acquittal of the [state organs] does not absolve the respondent State from its responsibility under the Convention.“⁴¹⁷ Diese Verantwortung des Staates lässt sich somit nicht mittels eines Strafverfahrens durchsetzen.

b. Aufsichtsbeschwerde

Im Fall von Übergriffen durch Angehörige der Polizeikräfte kann bei der zuständigen Stelle eine Aufsichtsbeschwerde eingereicht werden. Die Aufsichtsbeschwerde ist jedoch nur ein formloser Rechtsbehelf, der keinen Anspruch auf Eintreten vermittelt. Problematisch ist hier zudem die Tatsache, dass es sich bei der zuständigen Aufsichtsbehörde meist um eine hierarchisch übergeordnete Instanz der möglichen Täter/innen handelt, welche nur begrenzt als unabhängig eingestuft werden kann.

Einzelne Kantone haben aber polizeiexterne Stellen mit der Bearbeitung von aufsichtsrechtlichen Anzeigen betraut, so steht z.B. im Kanton Basel-Stadt nebst der Möglichkeit sich an den zuständigen Polizeikommandanten oder die zuständige Polizeikommandantin zu wenden, der Weg offen, sich an eine beim Generalsekretariat des Justiz- und Sicherheitsdepartement angesiedelte Beschwerdestelle zu wenden. Die Unabhängigkeit dieser Stelle wurde jedoch verschiedentlich in Frage gestellt. So wurde in einem parlamentarischen Vorstoss angezweifelt, ob von Unabhängigkeit die Rede sein könne, wenn der Departementsvorsteher gleichzeitig Vorgesetzter des Beschwerdewesens und des Polizeikommandanten oder der Polizeikommandantin sei und die politische Verantwortung für alle Dienststellen trage. Zudem könne gegen Beschlüsse der Beschwerdestelle kein Rechtsmittel ergriffen werden.⁴¹⁸

c. Beschwerde an eine Ombudsstelle

Die Kantone Basel-Landschaft, Basel-Stadt, Zug und Zürich, sowie die Städte Bern, St. Gallen, Rapperswil-Jona, Winterthur und Zürich verfügen über Ombudsstellen, welche vom Parlament gewählt werden.⁴¹⁹

Von einem Übergriff durch Polizeibehörden betroffene Personen können sich an diese Stellen wenden, welche zwischen den Betroffenen und der Behörde vermitteln und versuchen eine für beide Seiten befriedigende Lösung zu finden. Sie haben zwar keine Weisungsbefugnis, konfrontieren jedoch die betroffenen Behörden mit den Vorwürfen und verlangen von ihnen eine Stellungnahme.⁴²⁰

Die Ombudsstellen sind unabhängige Organe, welche weder organisatorisch noch personell mit den Polizeibehörden verbunden sind. Ihre Dienste können unentgeltlich in Anspruch genommen werden. Des Weiteren nehmen die Ombudsstellen auch eine beratende Rolle wahr, indem sie die Betroffenen über die verschiedenen Möglichkeiten informieren, um ihre Rechte geltend zu machen. Die parlamentarischen Ombudsstellen verfügen über weitreichende Befugnisse: Sie können bei den betroffenen Behörden ohne Rücksicht auf eine allfällige Geheimhaltungspflicht schriftliche oder mündliche Auskünfte einholen und die Herausgabe aller relevanten Akten verlangen. Zudem können sie Auskunftspersonen befragen, Augenscheine und Besichtigungen durchführen und wenn erforderlich Sachverständige beiziehen.⁴²¹ Da die Ombudsstellen nur Empfehlungen an die betroffenen Stellen

⁴¹⁶ Die menschenrechtliche Beweislastumkehr darf aber keinesfalls zu einer Umstossung des Grundsatzes in dubio pro reo führen; darauf hat das Bundesgericht nachdrücklich hingewiesen; BGE 131 I 455, S. 466.

⁴¹⁷ EGMR, *Mojsiejew v. Poland*, 11818/02 (2009), Ziff. 61.

⁴¹⁸ Anzug Anita Heer betreffend Polizei-unabhängige Beschwerdestelle an den Grossen Rat, 05.8398.01 vom 20. Okt. 2005; der Regierungsrat antwortete am 4. Nov. 2009 darauf.

⁴¹⁹ Der Kanton Waadt verfügt über ein kantonales Büro der Verwaltungsmediation, welches ähnliche Aufgaben wahrnimmt wie eine Ombudsstelle. Vereinigung der Parlamentarischen Ombudspersonen der Schweiz: <http://www.ombudsman-ch.ch/content-de/adressen.html> (besucht am 10. Jan. 2012).

⁴²⁰ NAGUIB, S. 140.

⁴²¹ Vgl. z.B. BS, § 7, Gesetz betreffend die Beauftragte/den Beauftragten für das Beschwerdewesen (Ombudsmann) des Kantons Basel-Stadt vom 13. März 1986 (SG 152.900).

abgeben können, jedoch keine Sanktionen oder Wiedergutmachung aussprechen können, erfüllen sie die Erfordernisse an eine wirksame Beschwerdeinstanz i.S.v. Art. 13 EMRK und Art. 2 Abs. 3 Pakt II wohl nicht.

d. Verantwortlichkeitsklage

Falls einer Person aufgrund eines Übergriffs durch Polizeiangehörige ein materieller oder immaterieller Schaden entsteht, kann dafür der Staat über das Verantwortlichkeitsverfahren haftbar gemacht werden. Voraussetzungen und Modalitäten der Verantwortlichkeitsklage richten sich je nach Zugehörigkeit des den Schaden verursachenden Organs nach eidgenössischem, kantonalem oder kommunalem Recht. Das Opfer muss den erlittenen Schaden nachweisen. Zudem muss grundsätzlich die Widerrechtlichkeit gegeben sein, welche hier vordergründig in der Verletzung eines absolut geschützten Rechtsgutes (Leib, Leben, Freiheit, Persönlichkeit und Eigentum) oder z.B. im Verstoß gegen das Verbot der rassistischen Diskriminierung gesehen werden kann.

Im Gegensatz zur Aufsichtsbeschwerde besteht bei der Verantwortlichkeitsklage ein Anspruch auf Eintreten. Nebst dem, dass einer klagenden Person je nach Rechtsgrundlage der Schaden ersetzt⁴²² und eine Genugtuung zugesprochen wird, liegt der Mehrwert eines Staatshaftungsprozesses in der Feststellung der Widerrechtlichkeit des polizeilichen Handelns. Dies geschieht durch die in den entsprechenden Gesetzen für die Entscheidung über Verantwortlichkeitsklagen vorgesehen Instanzen. Im Kanton Zürich⁴²³ und Kanton Basel-Stadt⁴²⁴ sind dies wie in den meisten Kantonen die Zivilgerichte, also von der Polizei unabhängige gerichtliche Organe. Auch hier dürften infolge Beweisschwierigkeiten und des Prozessrisikos zahlreiche Opfer von der Erhebung einer solchen Klage absehen. Schliesslich ist mangels Praxis ungeklärt, wie in einem solchen Verfahren der menschenrechtlich geforderten Beweislastumkehr Rechnung getragen werden könnte.

e. Verwaltungsverfahren

Handlungen der Polizeibeamten und -beamtinnen sind in aller Regel als Realakte zu qualifizieren, welche sofern es die kantonale Gesetzgebung vorsieht, Anfechtungsobjekte für ein Rechtsmittelverfahren sein können. Auf Bundesebene findet sich eine entsprechende Regelung in Art. 25a VwVG, wonach die Verfügung über Realakte verlangt werden kann. Kantone, die ähnliche Bestimmungen kennen, sind etwa der Kanton Basel-Stadt⁴²⁵ und der Kanton Zürich⁴²⁶. Im Mittelpunkt steht hier v.a. die Möglichkeit sich an die für die Handlung zuständige Behörde zu wenden um mittels Verfügung die Widerrechtlichkeit derselben feststellen zu lassen (vgl. Art. 25a Abs. 1 lit. c VwVG), wobei auch hier im Gegensatz zur Aufsichtsbeschwerde ein Eintretensanspruch besteht. Die erlassene Verfügung kann in der Folge meist zuerst bei der hierarchisch übergeordneten Behörde und dann beim kantonalen Verwaltungsgericht angefochten werden. Der Kanton Graubünden⁴²⁷ erklärt Realakte direkt zum Anfechtungsobjekt. Es besteht also eine Möglichkeit eine rechtsverletzende Handlung der Polizei gerichtlich überprüfen und so die Rechtswidrigkeit feststellen zu lassen.⁴²⁸ Ein Schaden muss bei diesem Verfahren nicht geltend gemacht werden, wird aber bei allfälligem Vorliegen auch nicht ersetzt. Das Verhältnis zwischen der Staatshaftung und diesem Verfahren ist umstritten. Im Hinblick darauf, dass in beiden Verfahren die Widerrechtlichkeit festgestellt wird, und darauf, dass beim Verwaltungsverfahren ein längerer Weg beschritten werden muss, dürfte das Verwaltungsverfahren in der

⁴²² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2215 ff.: Nach der herrschenden Lehre besteht aufgrund des Legalitätsprinzips ein Anspruch auf Schadenersatz nur, wenn und soweit ein Rechtssatz dies vorsieht. Diese Ansicht ist jedoch umstritten.

⁴²³ ZH, § 19 lit. a, Haftungsgesetz vom 14. Sept. 1969 (LS 170.1).

⁴²⁴ BS, § 6 Abs. 1, Gesetz über die Haftung des Staates und seines Personals vom 17. Nov. 1999 (SG 161.100).

⁴²⁵ BS, § 38a, Gesetz betreffend die Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung des Kantons Basel-Stadt vom 22. April 1976 (SG 153.100).

⁴²⁶ ZH, § 10c, Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 24. Mai 1959 (VRG; LS 175.2).

⁴²⁷ GR, Art. 28 Abs. 4 bzw. Art. 49 Abs. 3, Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 31. Aug. 2006 (BR 370.100).

⁴²⁸ Siehe dazu auch Urteil des Bundesgerichts 5A_335/2010 vom 6. Juli 2010.

Praxis nur dann von grösserer Bedeutung sein, wenn der Nachweis eines Schadens nicht gelingt. Ebenso ist ungeklärt eine Beweislastumkehr, wie von menschenrechtlichen Vorgaben gefordert, in einem solchen Verfahren umgesetzt werden kann.

4.5.4. Handlungsbedarf

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass im Bereich des Rechtsschutzes im Zusammenhang mit Polizeigewalt teilweise strukturelle Defizite bestehen. Trotz wiederholter Empfehlungen verschiedenster nationaler und internationaler Gremien hat sich die Lage in der Schweiz in den letzten Jahren kaum verändert. Eine vertiefte Überprüfung der Wirksamkeit und Eignung der bestehenden verfahrensrechtlichen Mechanismen zur Umsetzung der menschenrechtlichen Untersuchungspflicht und des Rechts auf eine wirksame Beschwerde scheint daher angebracht. Zusätzlich wäre etwa Folgendes zu prüfen:

a. Schaffung von Ombudsstellen in der ganzen Schweiz

Wie bereits erwähnt, erfüllen parlamentarische Ombudsstellen – zumindest in der heutigen Form – nicht die Kriterien einer unabhängigen Beschwerdeinstanz i.S.v. Art. 13 EMRK, da sie keinerlei rechtsbindenden Entscheidungen treffen können, welche bereits geschehene Verletzungen wiedergutmachen, aufheben oder sanktionieren könnten. Dennoch ist die Einrichtung neuer Ombudsstellen grundsätzlich prüfenswert, da diese von den Polizeibehörden weitgehend unabhängig agieren und die betroffenen Behörden durch deren Eingreifen gezwungen werden, Stellung zu beziehen und möglichen Verletzungen nachzugehen. Ausserdem dürfte die Hemmschwelle Betroffener sich an diese Stellen zu wenden kleiner sein als beispielsweise ein Strafverfahren einzuleiten.

Allenfalls wäre auch zu überdenken, ob den Ombudsstellen nicht die Legitimation zur Einreichung einer Beschwerde eingeräumt werden könnte, damit sie bei ihnen bekannten Fällen von polizeilichen Übergriffen aktiv werden könnten oder ob ihnen gar die Kompetenz zur Führung von Untersuchungen, wie von Art. 2 und 3 EMRK gefordert, übertragen werden könnte.

b. Pool von Staatsanwälten – Einsetzung ausserkantonaler Staatsanwälte

Um dem Vorwurf der fehlenden Unabhängigkeit der bisher in den meisten Kantonen zuständigen Untersuchungsbehörden in Strafverfahren entgegenzutreten, wäre die Einrichtung eines Pools von Staatsanwälten zu prüfen, auf welchen in Fällen von Vorwürfen gegen Polizeibeamte und -beamtinnen zurückgegriffen werden könnte. Die Untersuchung würde in der Folge entweder von ausserkantonalen Staatsanwaltschaften oder sonstigen ausserordentlichen Staatsanwälten und -anwältinnen geleitet, welche mit den verdächtigten Polizeiangehörigen ansonsten in keinem Kontakt stehen.

Das Bundesgericht bestätigte vor kurzem implizit, dass die gesamte Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau in Bezug auf ein Strafverfahren gegen den Chef der kantonalen Kriminalpolizei als befangen zu gelten habe und in der Folge ein ausserordentlicher Staatsanwalt oder eine ausserordentliche Staatsanwältin zur Untersuchung einzusetzen sei. Im Sinne der Verfahrenseinheit und der Prozessökonomie sei es zudem angebracht, dass alle damit im Zusammenhang stehenden Strafverfahren durch eine Person durchgeführt würden.⁴²⁹ Das Bundesgericht unterliess es indes, allgemeine Voraussetzungen zur Einsetzung von ausserordentlichen Staatsanwälten und -anwältinnen festzulegen.

c. Unabhängige Polizeibeschwerdekommisionen

Ebenso zu überprüfen wäre die Schaffung einer oder mehrerer von den normalen Polizeikorps unabhängigen polizeilichen Beschwerdekommisionen nach dem Vorbild einer „Independent Police Complaints Commission“ wie sie Grossbritannien und Irland kennen.⁴³⁰

⁴²⁹ Urteil des Bundesgerichts 1B_471/2011 vom 24. Nov. 2011, E. 4.

⁴³⁰ Vgl. <http://www.ipcc.gov.uk/en/Pages/default.aspx>.

d. *Critical Incident Reporting Systems (CIRS)*

Bei Critical Incident Reporting Systems (Berichtssystem für kritische Zwischenfälle) können kritische Zwischenfälle anonym gemeldet werden, welche im Rahmen von Fehleranalysen ausgewertet werden. Diese ermöglichen erforderlichenfalls die Erarbeitung von präventiven Massnahmen. Ziel ist dabei nicht primär die Suche nach einem Schuldigen, sondern nach der Ursache. In Spitälern werden solche Systeme bereits rege eingesetzt.⁴³¹

e. *Statistiken*

Problematisch ist, dass soweit öffentlich bekannt kaum Statistiken zu polizeilichen Übergriffen bestehen. Die Einführung eines geeigneten national einheitlichen Überwachungssystems mit entsprechenden Datenbanken wäre im Sinne eines transparenten Staatshandelns prüfenswert.

5. Zur Kohärenz der Empfehlungen internationaler Überwachungsorgane

Im Bereich der polizeilichen Zwangsanwendung im Allgemeinen sind die Empfehlungen der verschiedenen internationalen Überwachungsorgane in vergleichbarer Weise breit gehalten. Teilweise ergeben sich feine Nuancen hinsichtlich der Schwerpunktsetzung: Der Menschenrechtsausschuss kritisierte relativ allgemein die „police brutality against persons during arrest or detention“⁴³² während der CAT den Fokus augenscheinlich eher auf den Bereich der polizeilichen Befragung richtete⁴³³. Dieses Organ hat sich auch zu den zulässigen polizeilichen Hilfsmitteln geäussert und sich 2005, noch in der Ausarbeitungsphase des ZAG, für ein generelles Verbot des Einsatzes von „Elektroschockinstrumenten“ ausgesprochen.⁴³⁴ Der CPT, mit dem primären Fokus der Situation in Haftanstalten, betonte v.a. die Problematik von Zwangsanwendungen gegenüber Personen, die sich bereits unter staatlicher Kontrolle befinden.⁴³⁵

Im Bereich der zwangsweisen Rückführung von Personen auf dem Luftweg hat der CPT in seinen Standards die konzisesten Anforderungen gestellt.⁴³⁶ Die wichtigsten dort festgehaltenen Forderungen betreffen: Minimierung der Gesundheitsrisiken für Auszuschaffende, Verbot des Einsatzes von Windeln, Verbot der Vermummung der mit dem Vollzug betrauten Beamten, medizinische Untersuchung, psychologische Begleitung, spezifische Schulung des Begleitpersonals, griffiger Überwachungsmechanismus und effiziente Beweissicherung. Die anderen Überwachungsorgane haben sich in situativer und allgemeinerer Weise zu den Modalitäten der Zwangsausschaffung geäussert.

Für einen Quervergleich der Empfehlungen internationaler Überwachungsorgane zum diskriminierenden Profiling ist vorweg zu berücksichtigen, dass aufgrund der in Europa juristisch noch wenig durchdrungenen Materie derzeit noch nicht auf eine gefestigte Definition dieser Erscheinungsart der Diskriminierung abgestützt werden kann. Die Begriffe „racial“ und „ethnic“ Profiling werden synonym verwendet, u.E. wäre hingegen der Begriff „diskriminierendes“ Profiling treffender. Der CERD rügte diesbezüglich v.a. die Situation auf Schweizer Flughäfen sowie den Mangel einer statistischen Erhebung von entsprechenden Vorfällen. Er forderte den Bund auf für die Kantone Informationsmaterial

⁴³¹ Vgl. z.B. Stadtspital Triemli, CIRS – Critical Incident Reporting, http://www.stadt-zuerich.ch/triemli/de/index/ueber_uns/qualitaet/cirs.html (besucht am 10. Jan. 2012).

⁴³² MRA, Concluding Observations Switzerland 2009, Ziff. 14.

⁴³³ „The Committee is concerned by allegations of violence or the excessive use of force or other mistreatment by the police during the questioning of suspects in their homes or in police stations.“ (CAT, Concluding Observations Switzerland 2010, Ziff. 8).

⁴³⁴ CAT, Concluding Observations Switzerland 2005, Ziff. 5 b). Vgl. dazu die heutigen Art. 15 lit. d ZAG und Art. 4 lit. d, Art. 9, Art. 11 und Art. 38 ZAV.

⁴³⁵ CPT/Inf (2008) 33, S. 21, Ziff. 33 ff. und S. 115 f.

⁴³⁶ CPT-Standards, S. 75 ff. Diese richten sich an alle Konventionsstaaten. Die Schweiz hat betreffend einiger dieser Empfehlungen bereits Fortschritte erzielt.

zu diesem Thema zusammenzustellen.⁴³⁷ Die ECRI forderte zusätzlich neben der Beachtung dieses Themas bei der Aus- und Weiterbildung von Polizeikräften sowie in der Forschung ein legislatorisches Verbot.⁴³⁸

Der MRA⁴³⁹, der CERD⁴⁴⁰ und die ECRI⁴⁴¹ empfahlen in ähnlicher Weise, dass Angehörige von Minderheitsgruppen für den Polizeidienst rekrutiert werden sollten, wobei die ECRI sich explizit auf Personen mit Migrationshintergrund bezog. Der MRA verwies in seinen Empfehlungen darauf, dass sich der Anteil von Minderheitengruppen an der Gesamtbevölkerung auch in den Polizeikörpern in gewisser Weise widerspiegeln sollte.⁴⁴²

Sowohl Überwachungsorgane der UNO (MRA⁴⁴³, CAT⁴⁴⁴, CERD⁴⁴⁵ und Sonderberichterstatter gegen Rassismus⁴⁴⁶) als auch solche des Europarates (CPT⁴⁴⁷, ECRI⁴⁴⁸ und Menschenrechtskommissar⁴⁴⁹) orten Handlungsbedarf der Schweiz im Bereich des Rechtsschutzes gegen polizeiliche Übergriffe. Sie alle empfahlen die Einrichtung unabhängiger Untersuchungsmechanismen in den Kantonen, die meisten jedoch ohne näher darauf einzugehen, wann entsprechende Instanzen als unabhängig gelten. Einzig die ECRI forderte ausdrücklich von der Polizei und Staatsanwaltschaft unabhängige Untersuchungsinstanzen.⁴⁵⁰ Zur möglichen Ausgestaltung von Untersuchungsinstanzen äusserte sich der Menschenrechtskommissar, welcher als Beispiel eine Ombudsperson vorschlug.⁴⁵¹ Der CPT sprach hingegen von einem unabhängigen Aufsichtsorgan („organe de contrôle“), welches zur Behandlung von Beschwerden kompetent sein sollte.⁴⁵² Der MRA⁴⁵³, der CAT⁴⁵⁴ sowie der Menschenrechtskommissar des Europarates⁴⁵⁵ erwähnten zudem die Bereitstellung von effektiven Beschwerdemöglichkeiten und wiesen dabei darauf hin, dass diese neben der Möglichkeit eines gerichtlichen Verfahrens Bestand haben sollten. Die Sicherstellung einer angemessenen und verhältnismässigen Bestrafung von fehlbaren Polizeiangehörigen forderten explizit der MRA⁴⁵⁶, der CAT⁴⁵⁷, der CERD⁴⁵⁸ und die ECRI⁴⁵⁹. Der MRA⁴⁶⁰ empfahl zusätzlich auch ausdrücklich die Einrichtung einer nationalen Datenbank über gegen Polizei erhobene Beschwerden.

⁴³⁷ CERD, Concluding Observations Switzerland 2008, Ziff. 14.

⁴³⁸ ECRI, 4. Bericht, Ziff. 185 und 187.

⁴³⁹ MRA, Concluding Observations Switzerland 2009, Ziff. 14.

⁴⁴⁰ CERD, Concluding Observations Switzerland 2008, Ziff. 16.

⁴⁴¹ ECRI, 3. Bericht, Ziff. 37.

⁴⁴² MRA, Concluding Observations Switzerland 2009, Ziff. 14.

⁴⁴³ MRA, Concluding Observations Switzerland 2001, Ziff. 11 und Concluding Observations 2009, Ziff. 14.

⁴⁴⁴ CAT, Concluding Observations Switzerland 2010, Ziff. 9.

⁴⁴⁵ CERD, Concluding Observations Switzerland 2008, Ziff. 16.

⁴⁴⁶ Special Rapporteur, Racism 2007, Ziff. 90.

⁴⁴⁷ CPT/Inf (2008) 33, Ziff. 43.

⁴⁴⁸ ECRI, 4. Bericht, Ziff. 186.

⁴⁴⁹ Commissioner for Human Rights, Report 2005, Ziff. 113.

⁴⁵⁰ ECRI, 4. Bericht, Ziff. 186.

⁴⁵¹ Commissioner for Human Rights, Report 2005, Ziff. 113.

⁴⁵² CPT/Inf (2008) 33, Ziff. 43.

⁴⁵³ MRA, Concluding Observations Switzerland 2001, Ziff. 11.

⁴⁵⁴ CAT, Concluding Observations Switzerland 2010, Ziff. 9.

⁴⁵⁵ Commissioner for Human Rights, Report 2005, Ziff. 113.

⁴⁵⁶ MRA, Concluding Observations Switzerland 2009, Ziff. 14.

⁴⁵⁷ CAT, Concluding Observations Switzerland 2010, Ziff. 8.

⁴⁵⁸ CERD, Concluding Observations Switzerland 2008, Ziff. 16.

⁴⁵⁹ ECRI, 4. Bericht, Ziff. 186.

⁴⁶⁰ MRA, Concluding Observations Switzerland 2009, Ziff. 14.

6. Fazit

Wenig überraschend sind Empfehlungen im sensiblen Bereich der *polizeilichen Zwangsanwendung* zahlreich. Diese betreffen in aller Regel die hier zentrale Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips. Ausgelöst durch tragische Einzelfälle liegt ein spezifischer Fokus der Überwachungsorgane auf dem rechtsstaatlich besonders heiklen Bereich der *Zwangsrückführung ausländischer Staatsangehöriger*. In diesem Bereich wurden in jüngster Vergangenheit Fortschritte erzielt, indem dem Verhältnismässigkeitsprinzip in grösserem Umfang Rechnung getragen werden konnte; Optimierungsbedarf scheint indes weiter vorhanden zu sein.

Auch das subtil auftretende Phänomen des *diskriminierenden Profilings* (auch als racial profiling bezeichnet) ist Gegenstand mehrerer an die Schweiz gerichteter Empfehlungen. Trotz Fehlens öffentlich zur Verfügung stehender Daten weisen verschiedene Indizien darauf hin, dass diese Form der Verletzung des Diskriminierungsverbots tatsächlich auch in der Schweiz verbreitet ist. Einfache Lösungen zu ihrer Eliminierung stehen indes kaum zur Verfügung.

Zur Erhöhung der Autorität der Polizei in allen Bevölkerungsgruppen empfehlen überdies verschiedene Statements internationaler Überwachungsorgane die verstärkte *Rekrutierung von Angehörigen von Minderheiten zu Polizeiberufen*. Kaum sachgerecht wird diese Frage in der Schweiz mehrheitlich mit der Frage der Zulassung von Personen ausländischer Staatsangehörigkeit zu Polizeiberufen gleichgesetzt.

Besonders zahlreich und auch von verschiedenen Organen stammend sind schliesslich Empfehlungen zum Kontext des *verfahrensrechtlichen Umgangs mit Vorwürfen unzulässiger Polizeigewalt*. Menschenrechtliche Vorgaben verlangen nämlich bei hinreichendem Verdacht solcher Rechtsverletzungen nicht nur die Durchführung einer effizienten und unabhängigen Untersuchung, sondern zusätzlich die Bereitstellung von effizienten Beschwerdemöglichkeiten. Während im Bereich der Untersuchung regelmässig die häufig institutionell bedingte mangelnde Unabhängigkeit gerügt wird, weisen die den Opfern unzulässiger Polizeigewalt zur Verfügung stehenden Rechtsmittel und -behelfe strukturelle Mängel zur Umsetzung der menschenrechtlichen Vorgaben und namentlich der menschenrechtlich geforderten Beweislastumkehr auf. Zudem fehlen in der Schweiz regelmässig nichtkonfrontative Vorgehensweisen beim Umgang mit Fehlern in der Polizeiarbeit.

IV. JUSTIZ

1. Menschenrechte und Justiz

Menschenrechtliche Garantien sind eng mit dem Bereich „Justiz“ (hier in einem weiten Sinne verstanden als sämtliche Gerichts- oder gerichtsähnliche sowie Verwaltungsverfahren) verknüpft:

- Zum einen dienen gerichts- oder gerichtsähnliche Verfahren der effektiven Umsetzung der materiellen Garantien. Verschiedene Menschenrechtsverträge verlangen daher solche Verfahren zur Durchsetzung der materiellen Garantien.⁴⁶¹ Dabei misst sich die Effektivität des Rechtsschutzes unter anderem daran, welche Durchsetzungsmechanismen vorhanden sind, wie der Zugang zu diesen Verfahren geregelt ist, ob menschenrechtliche Garantien im Verfahren unmittelbar geltend gemacht werden können oder wie eine allfällige Wiedergutmachung erfolgt. Ein besonderer Aspekt stellt in diesem Zusammenhang auch die aus verschiedenen menschenrechtlichen Garantien fliessende Pflicht zur strafrechtlichen Verfolgung der für eine Menschenrechtsverletzung verantwortlichen Person dar.
- Neben dieser Querschnittsfunktion der Justiz als Mechanismus zur Durchsetzung von Menschenrechten sehen zahlreiche Menschenrechtsverträge spezifische verfahrensrechtliche Garantien vor, die ein faires und gerechtes Verfahren vor den nationalen Behörden und Gerichten gewährleisten sollen.

In vielerlei Hinsicht steht die erfolgreiche und effektive Umsetzung der menschenrechtlichen Vorgaben im ausgebauten Rechtsschutzsystem der Schweiz ausser Frage. Deshalb sind die soeben genannten Themen nicht alle in gleicher Weise für die Schweiz relevant. Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich daher auf zwei aus Schweizer Sicht zentrale Aspekte: die Justiziabilität, insbesondere von wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten (Ziff. 2), und die Gewährleistung von Verfahrens- und Justizgarantien (Ziff. 3).

2. Justiziabilität (insbesondere von wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten)

2.1. Direkte Anwendbarkeit und Justiziabilität

Eine völkerrechtliche Norm ist direkt anwendbar, wenn Individuen gestützt auf sie Ansprüche im Einzelfall durchsetzen können.⁴⁶² Ob eine Menschenrechtsgarantie oder ihre Teilgehalte direkt anwendbar sind, bestimmt nicht das Völkerrecht, sondern die Vertragsstaaten entscheiden darüber nach Massgabe ihres Verfassungsrechts.⁴⁶³ Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vermittelt eine Garantie dann solche Individualrechte, wenn die Bestimmung die Rechtsstellung Privater betrifft, sich an die rechtsanwendende Behörde richtet und genügend bestimmt und klar ist, um Grundlage eines Entscheides zu bilden und mithin justiziabel ist.⁴⁶⁴ Im Gegensatz dazu richten sich programmatische Bestimmungen oder solche, die einen erheblichen Ermessens- oder Entscheidungsspielraum belassen bzw. blosse Leitgedanken formulieren, an den Gesetzgeber.⁴⁶⁵ Obschon die Ver-

⁴⁶¹ Z.B. Art. 2 Abs. 3 Pakt II, Art. 13 EMRK.

⁴⁶² KÄLIN/KÜNZLI, S. 113.

⁴⁶³ KÜNZLI, S. 464.

⁴⁶⁴ BGE 118 Ia 112, S. 116 f.

⁴⁶⁵ Statt vieler BGE 120 Ia 1, S. 11.

tragsstaaten resp. ihre Gerichte im Anwendungsfall selbst über die Justiziabilität bestimmen, wird die Einforderbarkeit menschenrechtlicher Garantien vor Gericht von den internationalen Überwachungsorganen als ein wichtiges Kriterium für eine effektive Umsetzung erachtet.⁴⁶⁶ In gewissen Verträgen wird überdies ausdrücklich die Pflicht statuiert, ein Rechtsmittel für die entsprechenden Garantien einzuräumen.⁴⁶⁷ Eng verknüpft mit der direkten Anwendbarkeit – aber von dieser zu unterscheiden – ist die Frage, ob eine menschenrechtliche Garantie unmittelbare oder progressiv zu erfüllende Verpflichtungen begründet. Ist Ersteres der Fall, kann regelmässig von einer direkten Anwendbarkeit ausgegangen werden, während umgekehrt eine progressive Verpflichtung auf die programmatische Rechtsnatur schliessen lässt.

2.2. Empfehlungen der Vertragsüberwachungsorgane

2.2.1. Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte

Die direkte Geltung der Garantien des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte im nationalen Recht und die Möglichkeit zur Durchsetzung dieser Rechte vor Gericht sind für den Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (Ausschuss für WSK-Rechte) zwei zentrale Aspekte, die zu einer effektiven Umsetzung des Paktes beitragen.⁴⁶⁸

Dass die Schweiz die meisten Garantien des Paktes mehrheitlich als programmatische Vorgaben und Ziele erachtet, ist folglich eine Hauptkritik des Ausschusses für WSK-Rechte. Eine Kritik, die bereits beim ersten Staatenberichtsverfahren 1998 geäussert wurde⁴⁶⁹ und die im jüngsten Berichtsverfahren im Jahr 2010 einen Schwerpunkt des Austausches bildete. Im Dialog äusserten sich verschiedene Mitglieder des Ausschusses kritisch darüber, dass in der Bundesverfassung die Garantien des Paktes I kaum als Rechte ausgestaltet, sondern lediglich als Sozialziele (Art. 41 BV) formuliert⁴⁷⁰ und einige der Garantien gerichtlich nicht durchsetzbar seien⁴⁷¹. Der Ausschuss bezieht sich dabei auf die Praxis des Bundesgerichts, die Gegenstand des Staatenberichtverfahrens bildete.⁴⁷² Die Schweizer Haltung zur Geltung von WSK-Rechten wurde als ambivalent beurteilt.⁴⁷³ Sie sei schwer vereinbar mit der Beteiligung der Schweiz im Menschenrechtsrat, die sich für die rechtliche Umsetzung von WSK-Rechten ausgesprochen hatte.⁴⁷⁴ Im Dialog⁴⁷⁵ und in den Schlussbemerkungen⁴⁷⁶ regt der Ausschuss zudem an, die Unterzeichnung des Fakultativprotokolls zum Pakt I zu erwägen, womit nach Inkrafttreten dieses Vertrags Individuen die Möglichkeit eingeräumt würde, bei Paktverletzungen in Einzelfällen an den Ausschuss zu gelangen. Ferner empfiehlt der Ausschuss der Schweiz, Massnahmen für eine umfassende Gesetzgebung zu beschliessen, die allen wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten auf Ebene des Bundes und der Kantone einheitlich Geltung verschaffen würde, sowie einen wirksamen Mechanismus zu etablieren, um die Kompatibilität des Landesrechts mit dem Pakt sicherzustellen.⁴⁷⁷ Ausserdem sollten bei Verstössen gegen die Paktgarantien wirksame Rechtsmittel vor-

⁴⁶⁶ Ausschuss für WSK-Rechte, General Comment No. 3 (1990), Ziff. 5 und General Comment No. 9 (1998), Ziff. 7, MRA, General Comment No. 31 (2004), Ziff. 15, CERD, General Recommendation No. 15 (1993), Ziff. 18 -24, CEDAW, General Recommendation No. 28 (2010), Ziff. 31, CAT, General Comment No. 2 (2008), Ziff. 9., CRC, General Comment No. 5 (2003), Ziff. 2.

⁴⁶⁷ Art. 2 Abs. 3 Pakt II, Art. 6 CERD, Art. 2 Abs. 1, Art. 4 und Art. 5 FoK, Art. 2 CEDAW, Art. 4 Abs. 2 Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, Art. 13 EMRK.

⁴⁶⁸ Vgl. Ausschuss für WSK-Rechte, General Comment No. 3 (1990), Ziff. 6 und General Comment No. 9 (1998), Ziff. 3 und 9.

⁴⁶⁹ Ausschuss für WSK-Rechte, Concluding Observations Switzerland 1998, Ziff. 10-11 und 25-27.

⁴⁷⁰ Ausschuss für WSK-Rechte, Summary Record 2010, Ziff. 15.

⁴⁷¹ Ausschuss für WSK-Rechte, Concluding Observations Switzerland 2010, Ziff. 5.

⁴⁷² Ausschuss für WSK-Rechte, Summary Record 2010, Ziff. 6 und 19.

⁴⁷³ Ibid., Ziff. 23.

⁴⁷⁴ Ibid., Ziff. 25.

⁴⁷⁵ Ibid., Ziff. 19, 21 und 23.

⁴⁷⁶ Ausschuss für WSK-Rechte, Concluding Observations Switzerland 2010, Ziff. 32.

⁴⁷⁷ Ibid., Ziff. 5.

gesehen werden.⁴⁷⁸ Die Schweiz wurde überdies ermutigt, ihre Anstrengungen zur Harmonisierung der kantonalen Gesetzgebungen weiterzuführen, um auf dem gesamten Staatsgebiet eine einheitliche Inanspruchnahme der im Pakt verankerten Rechte sicherzustellen.⁴⁷⁹ In gleicher Weise äusserte sich auch der *Menschenrechtsrat* im Rahmen der periodischen Überprüfung. Er empfahl der Schweiz namentlich, für die Justiziabilität von wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten zu sorgen.⁴⁸⁰

2.2.2. Ausschuss zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau

Die fehlende Justiziabilität wird auch beim Übereinkommen zur Beseitigung der Diskriminierung der Frauen als problematisch erachtet. Der Ausschuss gegen die Diskriminierung der Frau stellte fest, dass die Garantien des Übereinkommens von den Gerichten generell als nicht direkt anwendbar erachtet und nur selten vorgebracht würden.⁴⁸¹ Diese Kritik wurde bereits in früheren Berichtsprüfungsverfahren an die Schweiz gerichtet.⁴⁸² Anders als beim Pakt I ist die Schweiz allerdings 2008 dem Fakultativprotokoll zur FDK beigetreten⁴⁸³, so dass bei Verletzung der Frauendiskriminierungskonvention ein Individualbeschwerdeverfahren vor dem Ausschuss möglich ist. Dennoch wurde die Schweiz vom Ausschuss ermahnt, die direkte Anwendbarkeit der Garantien im nationalen Recht zu klären. Der Ausschuss wiederholte auch seine frühere Empfehlung, gegen Verletzungen des Übereinkommens sei Frauen effektiver Rechtsschutz zu gewährleisten. Handlungsbedarf anerkannte der Ausschuss vor allem bei der Förderung des Bewusstseins für das Übereinkommen bei Gerichten und bei Praktikerinnen und Praktikern. Er empfahl, dieser Zielgruppe systematisch Weiterbildungen anzubieten sowie das Übereinkommen und das Zusatzprotokoll in die obligatorische Aus- und Weiterbildung von Juristinnen und Juristen, Richterinnen und Richtern sowie der Staatsanwaltschaft aufzunehmen.⁴⁸⁴

2.2.3. Weitere Empfehlungen zur Justiziabilität und deren Kohärenz

Neben dem WSK-Ausschuss und dem CEDAW haben auch andere Vertragsorgane in ihren Empfehlungen verschiedentlich Defizite bei der Geltendmachung der Rechte vor Gericht festgestellt. So konstatierte der Menschenrechtsausschuss auch Probleme bei der Geltendmachung der Pakt-II-Garantien vor kantonalen Gerichten. Als Ursache für die Umsetzungsschwierigkeiten sah der Ausschuss indessen nicht die fehlende direkte Anwendbarkeit, sondern die föderalen Strukturen.⁴⁸⁵ Ähnlich äusserte sich auch der Ausschuss gegen die Rassendiskriminierung in seiner Feststellung, dass die Normen des Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung zwar teilweise justiziabel seien, jedoch nicht einheitlich umgesetzt würden.⁴⁸⁶ Ob die föderalen Strukturen eine effektive Umsetzung menschenrechtlicher Garantien erschwerten, war ausserdem Gegenstand der Intervention Aserbaidshans im Berichtsverfahren der Schweiz vor dem Menschenrechtsrat.⁴⁸⁷ Positiv beurteilte hingegen der Ausschuss für die Rechte des Kindes die Justiziabilität der Kinderrechtskonvention.⁴⁸⁸ Allerdings ist dazu anzumerken, dass die Schweiz bisher diesem Organ nur einen einzigen Staatenbericht unterbreitete und dieser bereits zehn Jahre zurückliegt.

Soweit sie sich mit der Frage der Geltendmachung der Rechte vor Gericht befasst haben, stellten somit die genannten Vertragsorgane – ausgenommen der Ausschuss für die Rechte des Kindes – Defizite fest. Einhellig fordern die Vertragsorgane eine einheitliche Anwendbarkeit der Rechte auf dem

⁴⁷⁸ Ibid.

⁴⁷⁹ Ibid.

⁴⁸⁰ UPR Switzerland 2008, Ziff. 15 und 58. Die Empfehlung wurde jedoch von der Schweiz abgelehnt.

⁴⁸¹ CEDAW, Concluding Observations Switzerland 2009, Ziff. 15.

⁴⁸² CEDAW, Concluding Observations Switzerland 2003, Ziff. 107.

⁴⁸³ SR 0.108.1.

⁴⁸⁴ CEDAW, Concluding Observations Switzerland 2009, Ziff. 16.

⁴⁸⁵ MRA, Concluding Observations Switzerland 2009, Ziff. 6.

⁴⁸⁶ CERD, Concluding Observations Switzerland 2008, Ziff. 8 und 9.

⁴⁸⁷ UPR Switzerland 2008, Ziff. 30.

⁴⁸⁸ CRC, Concluding Observations Switzerland 2002, Ziff. 4.

gesamten Gebiet der Schweiz. Die Empfehlungen erweisen sich in dieser Hinsicht kohärent und stimmen auch mit den entsprechenden General Comments überein.⁴⁸⁹ Spezifisch die Justiziabilität thematisieren indessen nur der Ausschuss für WSK-Rechte und CEDAW, die jedoch beide wiederum übereinstimmend die direkte Geltendmachung der Garantien vor Gericht verlangen.

2.2.4. Zusammenfassung

Vor allem der WSK-Ausschuss und der Ausschuss gegen die Diskriminierung der Frau stellen in konstanter Weise eine mangelnde gerichtliche Einklagbarkeit der vertraglich gewährten Menschenrechtsgarantien in der Schweiz fest, wobei sich die beiden Ausschüsse primär an der Rechtsprechung des Bundesgerichts orientieren. In erster Linie wird dieser Mangel als Ausdruck der allgemein geringen Bedeutung von wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten in der Schweiz gewertet. Die Kritik der beiden Ausschüsse bezieht sich denn auch weniger auf die Durchsetzung spezifischer Rechte, sondern betrifft vielmehr die Haltung der Schweiz in den Staatenberichten bzw. die Rechtsprechung des Bundesgerichts auf die sich die Schweiz in den Staatenberichtsverfahren abstützt. Regelmässig verbinden die beiden Ausschüsse die Empfehlung zur Einklagbarkeit mit der Kritik der nicht einheitlichen Anwendung der Garantien in den Kantonen. Letzterer Aspekt wird überdies auch vom Menschenrechtsausschuss und dem Ausschuss gegen die Rassendiskriminierung als Hindernis für eine effektive Umsetzung der Vertragsgarantien bemängelt. Diese im Zusammenhang mit dem föderalistischen Aufbau der Schweiz stehende Frage wird jedoch häufig nicht klar vom Aspekt der Justiziabilität getrennt.

2.3. Forderungen weiterer Akteure

Auch seitens der NGO und der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus (EKR) wird die untergeordnete Bedeutung, die WSK-Rechte in der Schweiz einnehmen, bemängelt und kritisiert, dass die Schweiz bis heute nicht der Europäischen Sozialcharta beigetreten ist und der Unterzeichnung des Fakultativprotokolls zum Pakt I ablehnend gegenübersteht.⁴⁹⁰ Verschiedene NGO sind der Auffassung, wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte bedürften einer besseren Anerkennung als Grundrechte in der Bundesverfassung und den Kantonsverfassungen.⁴⁹¹ Zur besseren Implementierung auf kantonaler Ebene werden ein Aktionsplan oder der Erlass eines Bundesgesetzes sowie eine Teilrevision der Bundesverfassung vorgeschlagen.⁴⁹² Das Bundesgericht solle zudem aufgefordert werden, seine Praxis im Sinne der Allgemeinen Bemerkungen (General Comments) Nr. 3 und 9 des Ausschusses für WSK-Rechte anzupassen.⁴⁹³ Ausserdem sei gerade auch das Gerichtspersonal in Sozialrechten und deren Justiziabilität zu schulen.⁴⁹⁴ Die Schulung in wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten wurde auch im Staatenberichtsverfahren vor dem Ausschuss für WSK-Rechte thematisiert.⁴⁹⁵ In den Schlussbemerkungen empfahl dieser jedoch lediglich in allgemeiner Weise, das

⁴⁸⁹ Siehe Ausschuss für WSK-Rechte, General Comment No. 3 (1990), insb. Ziff. 5, und No. 9, Ziff. 2 ff., sowie CEDAW, General Recommendation No. 28 (2010), insb. Ziff. 31.

⁴⁹⁰ NGO Report on second and third periodic report 2010, S. 5; Position Paper FCR, S. 5 f.; ebenfalls den Beitritt zur Europäischen Sozialcharta hat auch die Europäische Kommission gegen Rassismus und Intoleranz empfohlen, E-CRI, 4. Bericht, Ziff. 8.; ferner ebenso Avenir Social, Kampagne Pro Sozialcharta, zu finden unter: www.sozialcharta.ch (besucht am: 22. Dez. 2011) sowie die International Commission of Jurists, Resolution "Sozialrechte in der Schweiz" vom 3. April 2009.

⁴⁹¹ Coalition Suisse Romande, S. 7.

⁴⁹² NGO Report on second and third periodic report 2010, S. 5.

⁴⁹³ Ibid.

⁴⁹⁴ NGO Report on second and third periodic report 2010, S. 8; Coalition Suisse Romande, S. 7.

⁴⁹⁵ Ausschuss für WSK-Rechte, List of issues 2009, Ziff. 6: „Indiquer dans quelle mesure les droits de l'homme sont enseignés à tous les niveaux de scolarité et si des mesures d'information sur les droits de l'homme, en particulier les droits économiques, sociaux et culturels, sont prévues à l'intention des agents de l'État et du personnel judiciaire.“

Bewusstsein für Menschenrechte durch Menschenrechtsbildung in den Schulen und bei der Allgemeinheit sowie in Trainingsprogrammen für die Behörden zu fördern.⁴⁹⁶

2.4. Situation in der Schweiz

Das zur Frage der Justiziabilität im Zentrum stehende Bundesgericht hat sich zwar verschiedentlich mit der Kritik an seiner Rechtsprechung zur direkten Einklagbarkeit der Pakt I Garantien auseinandergesetzt. Es verneint jedoch bis heute im Wesentlichen die Möglichkeit einer direkten Geltendmachung von WSK-Rechten, so beispielsweise jüngst in einem Grundsatzentscheid im Jahr 2010.⁴⁹⁷ Zur Begründung dieser Haltung verweist das Bundesgericht regelmässig auf die Botschaft des Bundesrates zum Pakt I⁴⁹⁸, worin dieser betonte, der Pakt würde in seiner Gesamtheit Ziele einer Menschenrechtspolitik im sozialen Bereich festlegen und sich nicht an Individuen richten.⁴⁹⁹ Dementsprechend hält das Bundesgericht in konstanter Rechtsprechung fest, der Pakt I sei programmatischer Natur und wende sich als Leitlinie an den Gesetzgeber.⁵⁰⁰ Als weiteres Argument gegen die Justiziabilität der Paktgarantien wurde jeweils der fehlende Individualbeschwerdemechanismus auf internationaler Ebene angeführt.⁵⁰¹ Seit der Verabschiedung des Fakultativprotokolls zum Pakt I, das eine solche Beschwerdemöglichkeit einführt, wurde dieses – nunmehr hinfällige – Argument jedoch nicht mehr beigezogen. Das Bundesgericht schloss zwar nicht aus, dass einzelne Bestimmungen des Paktes ausnahmsweise direkt anwendbar sein könnten.⁵⁰² Betreffend Art. 8 Pakt I kam es sogar zum Schluss, es würden „beachtliche Gründe“ für den self-executing Charakter dieser Norm sprechen, ohne indessen die Frage abschliessend zu beurteilen.⁵⁰³ Die Paktgarantien fanden daher bisher lediglich als Instrument im Rahmen der Auslegung von verfassungsmässigen Rechten Anwendung.⁵⁰⁴

Das Gleiche gilt für das Übereinkommen zur Verhinderung der Diskriminierung der Frauen, das in der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts kaum Beachtung fand und – soweit ersichtlich – bisher erst in drei Urteilen vom Bundesgericht herangezogen wurde. Dabei verneinte das Bundesgericht in zwei Urteilen die Justiziabilität pauschal und verwies auf die Botschaft des Bundesrates.⁵⁰⁵ Eine eingehendere Betrachtungsweise erfolgte jedoch in einem kürzlich ergangenen Urteil betreffend die Nichtweiterführung der Kommission für die Gleichstellung von Frau und Mann im Kanton Zug.⁵⁰⁶ Bemerkenswert ist dieses Urteil in zweifacher Weise: Zum einen anerkennt hier das Bundesgericht explizit, dass selbst soweit das Übereinkommen keine justiziablen Ansprüche enthält, es nicht nur

⁴⁹⁶ Ausschuss für WSK-Rechte, Concluding Observations Switzerland 2010, Ziff. 21.

⁴⁹⁷ BGE 136 I 290, S. 292 mit Hinweisen.

⁴⁹⁸ Statt vieler BGE 126 I 240, S. 243.

⁴⁹⁹ Botschaft Menschenrechtspakte, S. 1202: „Es ergibt sich aus dem eindeutigen Wortlaut des Paktes I (vgl. oben Ziff. 2), dass dieser in seiner Gesamtheit zur Festlegung der Ziele einer Menschenrechtspolitik im sozialen Bereich gedacht war. Er überträgt den Staaten völkerrechtliche Verpflichtungen mit programmatischem Charakter. Die Staaten sind verpflichtet, diese schrittweise, unter Ausschöpfung aller ihnen zur Verfügung stehenden Möglichkeiten und Mittel, vor allem durch gesetzgeberische Massnahmen, zu verwirklichen (Art. 2 Ziff. I des Paktes I). Daraus ergibt sich eindeutig, dass sich die Vorschriften des Paktes I nicht an Individuen, sondern an die Gesetzgeber der Vertragsparteien richten.“.

⁵⁰⁰ BGE 136 I 290, S. 292.

⁵⁰¹ BGE 121 V 246, S. 249 f.

⁵⁰² BGE 121 V 229, S. 232; bestätigt in BGE 126 I 240, S. 243.

⁵⁰³ BGE 125 III 277, S. 282.

⁵⁰⁴ BGE 130 I 113, S. 124.

⁵⁰⁵ BGE 125 I 21, S. 35 (betreffend Frauen begünstigende Quotenregelung für Behördenwahlen); Urteil des Bundesgerichts vom 23. Sept. 2010, 2C_364/2010, E. 3.2 (betreffend Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung bei Trennung infolge häuslicher Gewalt).

⁵⁰⁶ Urteil des Bundesgerichts vom 21. Nov. 2011, 1C_549/2010 (zur Publikation vorgesehen).

politische oder moralische Absichtserklärungen beinhaltet, sondern vielmehr einen Teil der objektiven Rechtsordnung darstellt. In der Folge nimmt das Bundesgericht zum anderen eine vertiefte Überprüfung des Verpflichtungsgehalts der FDK vor und kommt zum Schluss, die FDK enthalte einen klaren Auftrag an Bund und Kantone, dass sie zur tatsächlichen Gleichstellung von Frau und Mann tätig werden müssen. Allerdings liege es im Ermessen der Behörden, wie dieser Auftrag zur erfüllen sei, d.h. diese Frage würde sich in keiner Weise zwingend aus der FDK bzw. der Empfehlungen des CEDAW ergeben. Ob diese eingehendere Auseinandersetzung mit dem Verpflichtungsgehalt der Konvention auch die künftige Rechtsprechung des Bundesgerichts prägen und zu einer differenzierten Beurteilung führen wird, kann gegenwärtig nicht abschliessend beurteilt werden. Bis anhin wurden somit auch für die FDK keine justiziablen Gehalte anerkannt.

Die Haltung des Bundesrates ist demgegenüber ambivalenter: In der Menschenrechtsausserpolitik wird stets der Einsatz der Schweiz für die Unteilbarkeit, Gleichwertigkeit und Interdependenz aller Menschenrechte – bürgerlicher, politischer, wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte – betont.⁵⁰⁷ Die Justiziabilität von Garantien des Paktes I und des Frauenrechtsübereinkommens in der Schweiz lehnt der Bundesrat dagegen weitgehend ab. Im Staatenberichtsverfahren vor dem WSK-Ausschuss von 2008 begründet er seine Haltung mit dem Hinweis auf die bundesgerichtliche Praxis und dem Argument, wegen der Gewaltenteilung an die Auffassung des Bundesgerichts gebunden zu sein.⁵⁰⁸

Diese Divergenz zwischen Menschenrechtsausserpolitik und Umsetzung in der Schweiz zeigt sich auch am Beispiel des Fakultativprotokolls zum Pakt I. Die Schweiz lehnte bei den Verhandlungen zum Fakultativprotokoll eine gerichtliche Durchsetzung der Pakt-I-Garantien nicht generell ab, sondern argumentierte, die Beschwerdemöglichkeit sei auf die vom Ausschuss für WSK-Rechte als unmittelbar anwendbar identifizierten Verpflichtungsebenen zu beschränken.⁵⁰⁹ Eine Ratifikation des nunmehr verabschiedeten Fakultativprotokolls wird vom Bundesrat jedoch ausgeschlossen.⁵¹⁰ Eine ähnliche Haltung vertrat der Bundesrat auch gegenüber dem Fakultativprotokoll zur Frauenrechtskonvention. Die Schweiz ratifizierte zwar diesen Zusatzvertrag, der Bundesrat hielt allerdings noch in der Botschaft zur Ratifikation fest, er gehe davon aus, dass die Bestimmungen der FDK grundsätzlich nicht direkt anwendbar seien.⁵¹¹ Dass sich die schweizerische Praxis zum rein programmatischen Charakter von WSK-Rechten allerdings schwer aufrecht erhalten lasse, stellte der Bundesrat dagegen mit Blick auf das Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderung fest. Dieses schreibt in Art. 4 Abs. 2 unter anderem fest, dass die im Übereinkommen garantierten WSK-Rechte unmittelbar für die Vertragsstaaten verbindliche Gehalte begründen.⁵¹²

Die Einklagbarkeit international verbriefter WSK-Rechte bzw. der Garantien des Frauenrechtsübereinkommens wurde seitens der internationalen Überwachungsorgane vor allem mit Blick auf die in den Staatenberichten der Schweiz dargestellte Haltung des Bundesrates und des Bundesgerichts beurteilt. Die Faktenlage präsentiert sich aber tatsächlich vielschichtiger: Zwar scheint auf den ersten Blick die Verfassungslage auf Bundesebene die skeptische Haltung von Exekutive und Judikative diesen Rechten gegenüber zu belegen. So finden sich Inhalte klassischer WSK-Rechte – wie etwa Gesundheit, soziale Sicherheit oder Unterkunft – in Art. 41 BV einzig als Sozialziele. Gemäss Abs. 3 die-

⁵⁰⁷ Z.B. Aussenpolitischer Bericht 2010, S. 1281.

⁵⁰⁸ Ausschuss für WSK-Rechte, List of issues 2009, Ziff. 40; ferner Ausschuss für WSK-Rechte, Antwort Schweiz 2010, Ziff. 1; Ausschuss für WSK-Rechte, Summary Record 2010, Ziff. 34.

⁵⁰⁹ Report Working Group OP CESC, Ziff. 101.

⁵¹⁰ Stellungnahme und Antrag des Bundesrates auf Motion 09.3279 betr. Ratifikation des Zusatzprotokolls zum UNO-Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, eingereicht von Evi Allemann am 20. März 2009.

⁵¹¹ Botschaft OP CEDAW, S. 9802.

⁵¹² Erläuternder Bericht (Entwurf) des Bundesrates vom 22. Dez. 2010 zum Übereinkommen vom 13. Dez. 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderung, S. 56.

ser Bestimmung können aus diesen Zielen aber explizit „keine unmittelbaren Ansprüche auf staatliche Leistungen abgeleitet werden“. Andererseits finden sich in der BV auch eigentliche soziale Grundrechte, wie das Recht auf Grundschulbildung oder das Recht auf Hilfe in Notlagen, welche wichtige Bereiche der Pakt-I-Rechte auf Bildung und auf angemessenen Lebensstandard umsetzen, indem sie einklagbare Positionen des Individuums begründen. Aber auch etwa das typische schweizerische Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit setzt aus dem Recht auf Arbeit fließende Unterlassungspflichten um, indem es etwa die Freiheit der Berufswahl und wirtschaftlicher Tätigkeiten garantiert. Personen in Haftsituationen haben darüber hinaus, basierend auf einer reichhaltigen, sich auf die persönliche Freiheit abstützenden Praxis des Bundesgerichts, subjektive Ansprüche auf Nahrung, Unterkunft und angemessene Gesundheitsleistungen.⁵¹³ Diese Tatsachen werden in den Berichten der Schweiz an den Ausschuss nicht oder zumindest kaum reflektiert.

Da zahlreiche im Pakt I verankerte Garantien Politikbereiche beschlagen, die in der Schweiz in die Domäne der Kantone fallen, verlangt eine Übersicht über die schweizerischen Umsetzungsmodalitäten auch einen Blick in das kantonale Recht. An dieser Stelle sollen nur zwei Bereiche beispielhaft gestreift werden:⁵¹⁴

Im 2. und 3. Bericht der Schweiz an den Ausschuss für WSK-Rechte aus dem Jahr 2008 bemerkte der Bundesrat, in der Schweiz existiere „[i]m Prinzip (...) kein subjektives Recht auf bestimmte Leistungen der Sozialhilfe“.⁵¹⁵ Diese Sichtweise ist zumindest missverständlich. Ein Blick in kantonale Sozialhilfegesetze zeigt nämlich, dass zumindest ein subjektives Recht auf Hilfe, das über die Leistungen aus dem verfassungsrechtlich anerkannten Recht auf Nothilfe hinausreicht, sehr wohl anerkannt wird.⁵¹⁶ So stipuliert etwa das Sozialhilfegesetz des Kantons Bern: „Jede bedürftige Person hat Anspruch auf wirtschaftliche und persönliche Hilfe“⁵¹⁷ während das glarnerische Gesetz gar von einem „Rechtsanspruch auf die Gewährung der notwendigen Hilfe“⁵¹⁸ spricht. Die Sozialhilfegesetzgebung der übrigen Kantone anerkennt unter Verwendung ähnlicher Formulierungen ebenfalls bei Vorliegen der Bedürftigkeit einen Anspruch auf Unterstützung durch das Gemeinwesen oder zumindest eine entsprechende Verpflichtung des Gemeinwesens. Damit erfüllt das kantonale Recht grundlegende Ansprüche des Rechts auf angemessenen Lebensstandard sowie auf soziale Sicherheit weitgehend und dies unter Einräumung subjektiver Rechte wenigstens auf gesetzlicher Ebene.

Ähnlich präsentiert sich das Bild im Bereich des Rechts auf Gesundheit. So finden sich auch hier im bundesrätlichen Bericht an den Ausschuss für WSK-Rechte aus dem Jahr 2008 keine Hinweise auf allfällige Rechte auf Inanspruchnahme der Gesundheitsinfrastruktur. Kantonale Gesundheitsgesetze verankern denn auch tatsächlich nur vereinzelt das Recht von Patienten und Patientinnen auf Behandlung und Pflege. So statuiert etwa das Gesundheitsgesetz des Kantons Appenzell Ausserrrhoden einen „Anspruch auf Beratung und Untersuchung, Behandlung und Pflege nach medizinischen Grundsätzen“⁵¹⁹, während diejenigen der Kantone Wallis und Genf ein Recht auf Pflege und Behandlung entsprechend dem Gesundheitszustand anerkennen.⁵²⁰ Praktisch lückenlos werden aber Aufnahme- und Behandlungsverpflichtungen öffentlicher Spitäler in der Gesundheitsgesetzgebung vorgegeben.⁵²¹ Teilweise wird gar von einem eigentlichen Recht auf Behandlung in diesen Spitälern ge-

⁵¹³ Siehe für eine Übersicht über diese Rechtsprechung z.B. MÜLLER/SCHEFER S. 88 ff.

⁵¹⁴ Siehe dazu detaillierter KÜNZLI, S. 472 ff.

⁵¹⁵ Ausschuss für WSK-Rechte, Staatenbericht Schweiz 2008, Ziff. 382.

⁵¹⁶ In der Lehre ist zudem kaum umstritten, dass die Kantone nach Art. 115 BV unter einer Verpflichtung stehen, Bedürftige zu unterstützen.

⁵¹⁷ BE, Art. 23, Sozialhilfegesetz vom 11. Juni 2001 (BGS 860.1).

⁵¹⁸ GL, Art. 3, Gesetz über die öffentliche Sozialhilfe vom 7. Mai 1995 (GS VIII E/21/3).

⁵¹⁹ AR, Art. 22 Abs. 1, Gesundheitsgesetz vom 25. Nov. 2007 (bGS 811.1).

⁵²⁰ GE, Art. 42, Loi sur la santé du 7 avril 2004 (RSG K 1 03); VS, Art. 16 Abs. 1 Gesundheitsgesetz vom 9. Jan. 1996 (SGS 800.1).

⁵²¹ Z.B. BE, Art. 17 Abs. 2 des Spitalversorgungsgesetzes vom 5. Juni 2005 (BSG 812.11).

sprochen. Wird zusätzlich in Betracht gezogen, dass alle in der Schweiz wohnhaften Personen gesetzlich einem Krankenversicherungspflicht unterstehen, kann sehr wohl vom Bestehen eines individuellen Anspruchs auf diskriminierungsfreie Inanspruchnahme der bestehenden Gesundheitsinfrastruktur ausgegangen werden. Damit erfüllt die Schweiz zentrale Gehalte des Rechts auf Gesundheit und räumt hier auch subjektive Rechte wenigstens auf Gesetzesstufe ein. Daher erstaunt, dass der 2. und 3. Bericht der Schweiz an den Ausschuss für WSK-Rechte diese für die Erfüllung der Paktverpflichtungen nicht unerhebliche Tatsache nicht hervorhebt.

2.5. Handlungsbedarf

Mit diesen Ausführungen soll nicht der Eindruck erweckt werden, die Schweiz setze alle Vorgaben des Paktes I punktgenau um, sie illustrieren aber, dass die Haltung der Schweiz vor dem Ausschuss für WSK-Rechte die aktuelle Rechtslage nur ungenügend reflektiert. Trotz dieser differenzierteren Betrachtungsweise bleiben folgende Problembereiche vorderhand ungelöst:

- Auch unter zusätzlicher Berücksichtigung kantonaler Rechtsgrundlagen sind durchaus materielle Bereiche eruierbar, in welchen es zumindest sehr zweifelhaft erscheint, ob die Vorgaben des Paktes I in der Schweiz sachgerecht umgesetzt werden. Erwähnenswert ist hier etwa der Bereich der höheren Bildung.
- Teilweise schränkt die nationale Gesetzgebung den persönlichen Geltungsbereich der individualrechtlichen Gehalte von Pakt-I-Garantien in einer Weise ein, die möglicherweise nicht den Vorgaben dieses Abkommens genügt.
- Schliesslich bietet die Modalität der Umsetzung an sich justizabler Menschenrechte kein Schutz gegen künftige Gesetzesänderungen.

Damit ist auch angesprochen, dass die bundesgerichtliche Praxis zur Justiziabilität der Pakt-I-Garantien ein Fremdkörper innerhalb des monistischen Systems der Schweiz bleibt, indem internationalen Rechtsnormen oder zumindest einzelnen Aspekten solcher Vorgaben, welche die vom Bundesgericht entwickelten Voraussetzungen der direkten Anwendbarkeit erfüllen, dieser Charakter verweigert wird. Durch die gegenseitige Abstützung von Bundesrat und Bundesgericht zur Rechtfertigung der mangelnden Justiziabilität der WSK-Rechte scheint kurz- und mittelfristig kein direkter Ausweg aus dieser Situation ersichtlich. Eine umfassende Analyse, die klären würde, in welchem Ausmass Individuen in der Schweiz indes gestützt auf das Landesrecht Ansprüche in Bereichen, die durch den Pakt I abgedeckt sind, geltend machen können, vermöchte zwar diesen gordischen Knoten nicht aufzulösen, könnte aber zumindest zu einer Aufweichung der verhärteten Fronten beitragen.

Kein Handlungsbedarf besteht hingegen u.E. zur Gewährleistung einer schweizweit einheitlichen Umsetzung etwa der Garantien des Paktes I. Gerade WSK-Rechte räumen nämlich den Staaten oft einen weiten Ermessensspielraum ein, wie sie ein definiertes Ziel erreichen wollen. Weshalb dieser Grundsatz nach Ansicht des Ausschusses für WSK-Rechte nicht auch innerhalb eines (föderalistischen) Staates gelten soll, bleibt weitgehend unklar.

3. Verfahrens- und Justizgarantien

Unter justizbezogenen Rechten und Verfahrensgarantien werden verschiedene Rechte zusammengefasst, die als Ausdruck der Rechtsstaatlichkeit ein faires Verfahren und effektiven Rechtsschutz gewährleisten sollen.⁵²² In ihrer individualrechtlichen Funktion sichern sie dabei der Einzelnen/dem Einzelnen eine faire Behandlung im Justizverfahren und schützen damit im Kern die Würde der von einem Verfahren betroffenen Person. Darüber hinaus haben Verfahrens- und Justizgarantien auch

⁵²² GRABENWARTER, S. 329.

eine bedeutende gesellschaftsbezogene Funktion, indem ihre Achtung Vertrauen in den Rechtsstaat vermittelt.⁵²³

Verfahrens- und Justizgarantien lassen sich hinsichtlich ihrer Funktion und ihres Anwendungsbereichs unterteilen in:

- Rechtsschutzgarantien, welche bei Verletzung von justiziablen materiellen Garantien ein Recht auf Zugang zu einem nationalen Verfahren begründen (wobei jedoch nicht zwingend ein gerichtliches Verfahren vorzusehen ist)⁵²⁴,
- allgemeine Verfahrensgarantien, die im Wesentlichen der prozeduralen Fairness in behördlichen Verfahren dienen, und spezifisch für Gerichtsverfahren geltende Ansprüche, die eine Beurteilung durch ein gesetzlich geschaffenes und zuständiges Gericht gewährleisten, und
- Garantien, die ausschliesslich nur im Strafverfahren gelten sowie solche, die vor ungerechtfertigtem Freiheitsentzug schützen.

Zwar haben die Überwachungsorgane neben den eigentlichen Verfahrens- und Justizgarantien verfahrensrechtliche Teilgehalte auch aus materiellen Garantien abgeleitet.⁵²⁵ Für das Nachfolgende steht jedoch die Umsetzung der explizit verankerten Verfahrens- und Justizgarantien im Vordergrund.⁵²⁶

In der Schweiz sind Verfahrens- und Justizgarantien in einer Vielzahl von Normen verankert, sei es in der Verfassung (vor allem die grundrechtlichen Verfassungsgarantien gemäss Art. 29 – 32 BV), in eidgenössischen oder kantonalen Gerichtsorganisations- und Verfahrensgesetzen (z.B. ZPO, StPO, VwVG, VRPG, BGG, SGG, VGG) sowie in materiellen Gesetzen (z.B. in den kantonalen Polizeigesetzen). Hinzu kommt eine reichhaltige Rechtsprechung der Gerichte des Bundes und der Kantone. Eine lückenlose Dar- bzw. Gegenüberstellung dieser Normen und Rechtsprechung mit den internationalen Verpflichtungen ist kaum möglich, weshalb lediglich auf die Kritik der Überwachungsorgane eingegangen werden soll, die auf wesentliche Umsetzungsschwierigkeiten hindeuten.⁵²⁷

3.1. Internationale Verpflichtungen und ihre normative Umsetzung in der Schweiz

3.1.1. Universelle Ebene

- Normen mit primärer Relevanz im *Pakt II*: Recht auf wirksame Beschwerde, Pflicht zum Ausbau des gerichtlichen Rechtsschutzes (Art. 2 Abs. 3), Recht auf persönliche Freiheit und Sicherheit (Art. 9), Schutz vor willkürlicher Ausweisung (Art. 13), Recht auf ein faires Verfahren (Art. 14), Verbot des rückwirkenden Strafrechts (Art. 15).
- Weitere Rechtsschutzgarantien finden sich in Art. 2 Abs. 1 *Pakt I*⁵²⁸, Art. 6 *RDK* und Art. 13 *FoK*. Zudem statuiert die Anti-Folterkonvention in Art. 12 eine Untersuchungspflicht der Behörden, sollten Vorwürfe von Folter oder grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe geltend gemacht werden, und sie sieht in Art. 14 ein Recht auf faire und angemessene

⁵²³ KIENER/KÄLIN, S. 404.

⁵²⁴ Rechtsschutzgarantien unterscheiden sich in dieser Hinsicht von Rechtsweggarantien wie z.B. Art. 29a BV. Rechtsweggarantien begründen nicht nur eine Beschwerdemöglichkeit durch eine unabhängige Behörde, sondern einen Anspruch auf Beurteilung durch ein unabhängiges und unparteiisches Gericht.

⁵²⁵ So beurteilt der EGMR z.B. auch unter Art. 3 EMRK verfahrensrechtliche Fragen (so z.B. betreffend Zugang zum Verfahren in *Jabari v. Turkey*, 40035/98 (2000), Ziff. 40, *Bahaddar v. the Netherlands*, 25894/94 (1998), Ziff. 45).

⁵²⁶ Es rechtfertigt sich ferner die Untersuchung auf die Achtung der Verfahrens- und Justizgarantien vor nationalen Behörden und Gerichten zu beschränken und die Beantwortung konnexer Fragen wie zum Beispiel betreffend Opferschutz, Zugang zu internationalen Überwachungsorganen oder die Umsetzung von Entscheidungen dieser Gremien im Allgemeinen gesonderten Studie zu überlassen.

⁵²⁷ Verfahrens- und Justizgarantien in ausländer- und asylrechtlichen Verfahren werden im gesonderten Kapitel Migration behandelt.

⁵²⁸ Gemäss Ausschuss für WSK-Rechte, General Comment No. 9 (1998), Ziff. 9.

ne Entschädigung vor. Schliesslich gewährleistet die *Kinderrechtskonvention* in ihrem Anwendungsbereich detaillierte verfahrensrechtliche Garantien, wie ein Anhörungsrecht (Art. 12), das Verbot der Todesstrafe und der Verurteilung zu lebenslänglicher Freiheitsstrafe für Minderjährige (Art. 37 lit. a), ein Verbot des ungerechtfertigten Freiheitsentzuges (Art. 37 lit. b), Anspruch auf Rechtsverteidigung bei Freiheitsentzug (Art. 37 lit. d) sowie verschiedene Rechte zum Schutz von Kindern in einem Strafverfahren (Art. 40).

3.1.2. Regionale Ebene

- Normen mit primärer Relevanz in der *EMRK*: Recht auf Freiheit und Sicherheit (Art. 5), Recht auf ein faires Verfahren (Art. 6), Keine Strafe ohne Gesetz (Art. 7), Recht auf wirksame Beschwerde (Art. 13).
- *Protokoll Nr. 7* vom 22. November 1984 zur *EMRK*: Art. 1 (Verfahrensrechtliche Schutzvorschriften in Bezug auf die Ausweisung ausländischer Personen), Art. 2 (Rechtsmittel in Strafsachen), Art. 3 (Recht auf Entschädigung bei Fehlurteilen), Art. 4 (Recht, wegen derselben Sache nicht zweimal vor Gericht gestellt oder bestraft zu werden)

3.1.3. Umsetzung im schweizerischen Recht

Für die Beurteilung der Umsetzung dieser Garantien ist wesentlich, dass mit der Justizreform⁵²⁹ nach 2007 in der Schweiz im Bereich der Verfahrens- und Justizgarantien wesentliche Neuerungen – namentlich die Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) und die Vereinheitlichung des Zivil- und Strafprozessrechts – in Kraft getreten sind, die angesichts ihrer zeitlich erst kurzen Geltung durch die Überwachungsorgane bisher nur punktuell thematisiert und überprüft wurden. So wurden die Neuerungen häufig erst summarisch begrüsst. So z.B. im jüngsten Staatenberichtsverfahren des Menschenrechtsausschusses, der im Schlussbericht die Verabschiedung der StPO und ZPO, die Revision des Opferhilfegesetzes, die Verfassungsänderung zur Verstärkung der Garantien auf Zugang zu einem Gericht und der Unabhängigkeit der Justiz sowie den Rückzug der Vorbehalte zu Art. 14 Abs. 1, 3 und 5 Pakt II⁵³⁰ positiv beurteilte.⁵³¹ Ebenfalls positiv schätzte der Ausschuss gegen die Folter die neueren Entwicklungen ein. Er sieht darin eine Stärkung der Verteidigungsrechte sowie eine Verbesserung der Opferrechte und des Zeugenschutzes.⁵³² Trotz dieser Zustimmung weisen frühere Empfehlungen verschiedener UNO-Gremien, zahlreiche Urteile des EGMR sowie Empfehlungen des Europäischen Ausschusses zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe auch bei den Verfahrens- und Justizgarantien auf Handlungsbedarf hin. Gerade vor dem EGMR bilden Verurteilungen wegen Verletzung der Verfahrens- und Justizgarantien mehr als die Hälfte der bisher gegen die Schweiz ergangenen Entscheide.⁵³³

⁵²⁹ BBl 1999 8633.

⁵³⁰ Der Vorbehalt zu Art. 14 Abs. 3 lit. d und f betraf die fehlende Garantie der Unentgeltlichkeit des Beistandes eines amtlichen Verteidigers und eines Dolmetschers und wurde am 9. Jan. 2004 zurückgezogen (AS 2004 1375); mit Datum vom 7. Mai 2007 (AS 2007 3837) wurde der Vorbehalt zu Art. 14 Abs. 5 Pakt II zurückgezogen, weil aufgrund des 2003 in Kraft getretenen Bundesgesetzes über das Bundesstrafgericht (SGG) die Möglichkeit der Überprüfung von Strafurteilen durch das Bundesgericht eingeräumt wurde. Mit Inkrafttreten des SGG sowie des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht (VGG) wurde sodann die in Art. 29a Bundesverfassung enthaltene Rechtsweggarantie umgesetzt, so dass der Vorbehalt zu Art. 14 Abs. 1 Pakt II (Grundsatz der Öffentlichkeit der Verhandlungen und der Urteilsverkündung) gegenstandslos wurde.

⁵³¹ MRA, Concluding Observations Switzerland 2009, Ziff. 3.

⁵³² CAT, Concluding Observations Switzerland 2010, Ziff. 4a.

⁵³³ Gemäss Statistik des EGMR fallen 38 der bis Ende 2010 71 ergangenen Verurteilungen gegen die Schweiz auf Art. 5, 6 und 13 *EMRK*; European Court of Human Rights, Violation by Article and by Country, 1959-2010 (Stand: 31. Dez. 2010), zu finden unter: http://www.echr.coe.int/NR/rduonlyres/2B783BFF-39C9-455C-B7C7-F821056BF32A/0/Tableau_de_violations_19592010_ENG.pdf (zuletzt besucht am 9. Dez. 2011).

3.2. Rechtsschutzgarantien

Unter den Rechtsschutzgarantien zusammengefasst werden können Verpflichtungen, die entweder einen Anspruch auf Zugang zu einem Verfahren verankern (z.B. Art. 13 EMRK, Art. 2 Abs. 3 Pakt II) und solche Normen, die ein Recht auf wirksame Beschwerde zwar nicht als Individualrecht aber als Staatenverpflichtung formulieren (z.B. Art. 6 RDK). In beiden Fällen wird der Vertragsstaat verpflichtet, ein Verfahren bereit zu stellen, das die Überprüfung einer geltend gemachten Vertragsverletzung im Einzelfall ermöglicht. Während die in dieser Studie gesondert behandelten Fragen der Justiziabilität⁵³⁴ und des Rechtsschutzes gegen polizeiliche Übergriffe⁵³⁵ zentrale Kritikpunkte der internationalen Überwachungsorgane bilden, ist die Umsetzung der Rechtsschutzgarantien in der Schweiz im Allgemeinen dagegen kaum Gegenstand der Überprüfung, woraus sich schliessen lässt, dass das Rechtsschutzsystem in der Schweiz somit den internationalen Garantien weitgehend Rechnung trägt. Mit Art. 29a BV garantiert die Bundesverfassung seit 2007 zudem nicht nur den Zugang zu einem Verfahren, sondern darüber hinaus für alle Rechtsstreitigkeiten eine Beschwerdemöglichkeit vor einem Gericht, allerdings unter dem Vorbehalt gesetzlicher Ausnahmen. Mit dieser sogenannten Rechtsweggarantie soll somit wenigstens ein Gericht innerhalb eines Instanzenzuges Rechts- und Sachverhaltsfragen umfassend prüfen können.

3.2.1. Empfehlung/Verurteilung

Thematisiert wurde der Zugang zum Verfahren in der Schweiz bisher nur durch den EGMR im Fall *Camenzind*⁵³⁶. Dabei ging es um die fehlende Möglichkeit zur Überprüfung einer Hausdurchsuchung, weil das Bundesgericht in Anwendung von Art. 28 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR) für die Überprüfung der Massnahme ein aktuelles Rechtsschutzinteresse verlangte, d.h. der Beschwerdeführer musste im Zeitpunkt des Urteils zumindest noch teilweise von der Massnahme betroffen sein. Diese Voraussetzung war nach der Beendigung der Hausdurchsuchung nicht mehr erfüllt, weshalb das Bundesgericht in diesem Punkt nicht auf die Beschwerde eintrat. Der EGMR erachtete dies als Verletzung von Art. 13 i.V.m. Art. 8 EMRK, weil dem Beschwerdeführer damit gegen die Zwangsmassnahme keine wirksame Beschwerde zur Verfügung stand.⁵³⁷

3.2.2. Situation in der Schweiz

Das Rechtsschutzinteresse der Beschwerde führenden Partei gilt nicht nur unter Art. 28 VStr als Erfordernis, um ein Verfahren einzuleiten, sondern ist auch allgemein in Art. 48 Abs. 1 lit. c VwVG für das Verwaltungsbeschwerdeverfahren sowie in zahlreichen kantonalen Prozessordnungen Voraussetzung.⁵³⁸ Auch sämtliche Verfahren vor Bundesgericht erfordern ein schutzwürdiges Interesse.⁵³⁹ In konstanter Praxis – auch nach dem Urteil *Camenzind* – bejahte das Bundesgericht ein aktuelles und praktisches Rechtsschutzinteresse jedoch nur, wenn der erlittene Nachteil im Zeitpunkt der bundesgerichtlichen Beurteilung noch bestand und durch die Gutheissung der Beschwerde beseitigt werden würde. Obschon sich der Bundesrat nach dem Urteil *Camenzind* zuversichtlich zeigte, dass das Bundesgericht es angesichts der direkten Anwendbarkeit der EMRK nicht versäumen würde, die Voraus-

⁵³⁴ Siehe vorne IV.2.

⁵³⁵ Siehe vorne III.4.5.

⁵³⁶ EGMR, *Camenzind v. Switzerland*, 21353/93 (1997). Hängig sind gegenwärtig noch die Beschwerden *Nada*, Nr. 10593/08, bzw. *Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland*, Nr. 5809/08. In beiden Fällen wird u.a. die Verletzung von Art. 13 EMRK durch die Konfiskation der Vermögenswerte infolge Umsetzung der UNO-Sicherheitsratsresolutionen zur Bekämpfung von Al-Qaeda und den Taliban geltend gemacht.

⁵³⁷ Andere von der Schweiz angeführten Rechtsbehelfe und namentlich das Entschädigungsverfahren nach Art. 99 VStr wurden als nicht effektiv beurteilt.

⁵³⁸ RENE RHINOW ET AL., *Öffentliches Prozessrecht*, 2 Aufl., Basel 2010, S. 77.

⁵³⁹ Siehe Art. 76 Abs. 1 lit. b, Art. 81 Abs. 1 lit. b, Art. 89 Abs. 1 lit. c sowie Art. 115 lit. b BGG. Das Erfordernis kennt allerdings die Ausnahme, dass trotz Wegfalls des aktuellen praktischen Interesses eine Beschwerde zugelassen wird, wenn materiell eine Frage aufgeworfen wird, die sich jederzeit unter gleichen oder ähnlichen Umständen wieder stellen könnte und an deren Beantwortung wegen ihrer grundsätzlichen Bedeutung ein öffentliches Interesse besteht.

setzungen eines schutzwürdigen Interesses konventionskonform auszulegen,⁵⁴⁰ erfolgte die Umsetzung des Urteils zögerlich. So fand das Urteil nur vereinzelt in der Rechtsprechung des Bundesgerichts Berücksichtigung,⁵⁴¹ und weiterhin wurde ein aktuelles und praktisches Rechtsschutzinteresse auch bei der Geltendmachung von Verletzungen der EMRK verlangt.⁵⁴² Eine Praxisänderung erfolgte erst 2010 mit dem Grundsatzurteil BGE 136 I 274. In diesem Urteil entschied das Bundesgericht in der Anwendung von Art. 81 Abs. 1 lit. c BGG auf das Erfordernis eines aktuellen Rechtsschutzinteresses zu verzichten, weil eine Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention offensichtlich war und dem Beschwerdeführer durch die entsprechende Feststellung und eine für ihn vorteilhafte Kostenregelung sogleich die verlangte Wiedergutmachung verschafft werden konnte.⁵⁴³ Diese neue Praxis wurde in weiteren Urteilen betreffend die Ausschaffungshaft von Ausländerinnen und Ausländern⁵⁴⁴ und bei Beschwerden gegen Rückschaffungen⁵⁴⁵ bestätigt.

3.2.3. Handlungsbedarf

Obschon das Urteil im Fall *Camenzind* bereits 1997 erging, trägt erst die kürzlich erfolgte Praxisänderung des Bundesgerichts dem EGMR-Urteil und dem Erfordernis auf Zugang zu einem Verfahren im Sinne von Art. 13 EMRK weitgehend Rechnung. Eine Änderung der gesetzlichen Grundlagen, um den verfahrensrechtlichen Zugang bei Verletzungen der EMRK zu gewährleisten, wurde vom Bundesrat nicht in Betracht gezogen. Vielmehr verwies er einzig auf die direkte Anwendbarkeit der EMRK-Garantien. Das Beispiel zeigt jedoch, dass die direkte Anwendbarkeit der EMRK alleine eine rasche Umsetzung der EGMR-Rechtsprechung nicht hinreichend zu gewährleisten vermochte. Bei Verurteilungen durch den EGMR müssten daher die notwendigen Umsetzungsschritte eingehend geprüft werden und insbesondere überwacht werden, ob die zuständigen Behörden ihre Praxis entsprechend anpassen. Gegebenenfalls müssten auch Gesetzesänderungen in Betracht gezogen werden. Da der Zugang zum Verfahren zudem in erster Linie durch die Vorinstanzen zu gewährleisten ist, sollten andere Bundesbehörden sowie die kantonalen Behörden und Gerichte über die Rechtsprechungsänderung aktiv informiert werden.

3.3. Verfahrensgarantien

Die allgemeinen Verfahrensgarantien (Art. 6 Abs. 1 EMRK, Art. 14 Abs. 1 Pakt II) umfassen mit Organisationsgarantien, dem Recht auf Zugang zu einem Gericht und dem Recht auf ein faires Verfahren⁵⁴⁶ verschiedene Aspekte, welche ein gerechtes Verfahren vor nationalen Gerichten gewährleisten. Mit der Umsetzung dieser Garantien in der Schweiz hat sich in erster Linie der EGMR in zahlreichen Urteilen zu Art. 6 EMRK befasst.⁵⁴⁷ Während Verurteilungen gegen die Schweiz zwar auch wegen falscher Auslegung des Begriffs „civil rights“⁵⁴⁸, fehlenden öffentlichen Verhandlungen⁵⁴⁹ oder mangelnde Unparteilichkeit und Unabhängigkeit von Richtern und Richterinnen⁵⁵⁰ ergingen, stellen

⁵⁴⁰ Ministerkomitee, *Camenzind* 1999.

⁵⁴¹ Z.B. in BGE 1C_79/2009 betreffend Art. 24 des Datenschutzgesetzes des Kantons Bern (KDSG), BSG 152.04.

⁵⁴² BGE 125 I 394, S. 397.

⁵⁴³ BGE 136 I 274, S. 276.

⁵⁴⁴ Bundesgerichtsurteil 2C_745/2010 vom 31. Mai 2011.

⁵⁴⁵ Bundesgerichtsurteil 2C_548/2011 vom 26. Juli 2011.

⁵⁴⁶ GRABENWARTER, S. 343.

⁵⁴⁷ 24 von insgesamt 71 Verurteilungen gegen die Schweiz zwischen 1974 und 2010 betrafen alleine Art. 6 EMRK.

⁵⁴⁸ EGMR, *Minelli v. Switzerland*, 8660/79 (1983), betreffend Gerichtskosten, Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK.

⁵⁴⁹ EGMR, *Schlumpf v. Schweiz*, 29002/06 (2009), betreffend Kostenübernahme für eine Geschlechtsumwandlung: Verweigerung einer öffentlichen Verhandlung mit der Begründung, es stellten sich nur technische oder juristische Fragen, Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK; *Hurter v. Switzerland*, 53146/99 (2005), keine öffentliche Verhandlung, ohne dass Beschwerdeführer ausdrücklich darauf verzichtet hatte, Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK; *Weber v. Switzerland*, 11034/84 (1990), keine öffentliche Verhandlung in einem Strafverfahren, Unzulässiger Vorbehalt der Schweiz zu Art. 6 Abs. 1 EMRK.

⁵⁵⁰ EGMR, *Wettstein v. Switzerland*, 33958/96 (2000), betreffend fehlende Unvoreingenommenheit einer Richterin in einem Bauverfahren, die zugleich Anwältin der Gegenpartei in einem weiteren Verfahren war, Verletzung von

Verletzungen des rechtlichen Gehörs bzw. des Grundsatzes der Waffengleichheit sowie Verurteilungen wegen unangemessener Verfahrensdauer die häufigsten vom EGMR festgestellten Verletzungen der Verfahrensgarantien dar.

3.4. Grundsatz der Waffengleichheit/rechtliches Gehör

Der Grundsatz der Waffengleichheit sowie der Anspruch auf rechtliches Gehör sind beides zentrale Gehalte des Fairnessgebots (Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 14 Abs. 1 Pakt II). Gemäss dem Grundsatz der Waffengleichheit soll den Parteien in einem Streitverfahren oder dem Angeklagten im Verhältnis zur Anklagebehörde in einem Strafverfahren ausreichende, angemessene und gleiche Gelegenheit zur Stellungnahme in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht gegeben werden.⁵⁵¹ Der Anspruch auf rechtliches Gehör garantiert den Parteien ausserdem die Partizipation im Verfahren und umfasst insbesondere das Recht auf vorgängige Äusserung und Mitwirkung sowie einen Anspruch auf Orientierung über sämtliche für die Beurteilung relevanten Grundlagen und Vorgänge.⁵⁵²

3.4.1. Empfehlungen/Verurteilungen

Wie der EGMR jüngst im Urteil *Ellès* gegen die Schweiz feststellte, sind die meisten Verurteilungen der Schweiz wegen Verletzung von Art. 6 EMRK darauf zurückzuführen, dass die Beschwerde führende Partei nicht eingeladen wurde, sich zu Feststellungen der Vorinstanz, der Verwaltungsbehörden oder der Gegenpartei zu äussern.⁵⁵³ So auch im Fall *Ellès*, wo das Bundesgericht den Beschwerdeführenden im Streit um den von der Gemeinde organisierten Schultransport das Replikrecht auf ein von der Gemeinde neu eingereichtes Dokument verweigert hatte. Dies stellte aus Sicht des EGMR eine Verletzung des Prinzips der Waffengleichheit dar. Zur gleichen Beurteilung kam der EGMR in den Fällen *Schaller-Bossert*⁵⁵⁴ (Verletzung des Replikrechts im Verfahren vor Bundesgericht, Stellungnahme der unteren Instanzen wurden der Beschwerdeführerin, die nicht anwaltlich vertreten war, lediglich zur Information zugestellt), *Werz*⁵⁵⁵ (Verletzung des rechtlichen Gehörs, weil das Bundesgericht dem Beschwerdeführer die Schreiben des Staatsanwalts sowie des Obergerichts nicht übermittelte), *Kessler*⁵⁵⁶ (Nichtgewährung des Replikrechts), *Ressegatti*⁵⁵⁷ (Verletzung des Fairnessgrundsatzes, weil es der Beschwerdeführerin im Verfahren vor Bundesgericht nicht möglich war, zur Vernehmlassung der Gegenpartei Stellung zu nehmen), *Spang*⁵⁵⁸ und *Contardi*⁵⁵⁹ (in beiden Fällen eine Verletzung des rechtlichen Gehörs im Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht (EVG) durch die fehlende Möglichkeit der Stellungnahme zur Vernehmlassung des Bundesamtes für Sozialversicherungen bzw. weiteren Sozialversicherungsbehörden durch die Beschwerdeführenden), *Ziegler*⁵⁶⁰ (Nichtgewährung des Replikrechts durch das Bundesgericht zur Stellungnahme der kantonalen Vorinstanz und der Gegenpartei) sowie *F.R.*⁵⁶¹ und *Niederöst-Huber*⁵⁶² (Verletzung des Waffengleichheitsgebots, weil das EVG bzw. das Bundesgericht kein Replikrecht auf die Stellungnahme der kanto-

Art. 6 Abs. 1 EMRK; *Belilos v. Switzerland*, 10328/83 (1988), betreffend städtische Polizeikommission nach Waadt-länder Recht kein unabhängiges und unparteiisches Gericht, wegen fehlender Kompetenz zur Tatsachenüberprüfung keine Heilung der Verletzung von Art. 6 durch Kantonsgericht und Bundesgericht, Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK.

⁵⁵¹ FROWEIN/PEUKERT, Kommentar zu Art. 6, Rz. 114.

⁵⁵² Hierzu KIENER/KÄLIN, S. 418 ff.

⁵⁵³ EGMR, *Ellès u.a. v. Switzerland*, 12573/06 (2010), Ziff. 27.

⁵⁵⁴ EGMR, *Schaller-Bossert v. Switzerland*, 41718/05 (2010), Ziff. 42.

⁵⁵⁵ EGMR, *Werz v. Switzerland*, 22015/05 (2009).

⁵⁵⁶ EGMR, *Kessler v. Switzerland*, 10577/04 (2007).

⁵⁵⁷ EGMR, *Ressegatti v. Switzerland*, 17671/02 (2006).

⁵⁵⁸ EGMR, *Spang v. Switzerland*, 45228/99 (2005).

⁵⁵⁹ EGMR, *Contardi v. Switzerland*, 7020/02 (2005).

⁵⁶⁰ EGMR, *Ziegler v. Switzerland*, 33499/96 (2002).

⁵⁶¹ EGMR, *F. R. v. Switzerland*, 37292/97 (2001).

⁵⁶² EGMR, *Niederöst-Huber v. Switzerland*, 18990/91 (1997).

nen Vorinstanz gewährte, welche die Abweisung der Beschwerde beantragte). Die Praxis des Bundesgerichts führte somit zu den Verurteilungen der Schweiz.

3.4.2. Situation in der Schweiz

Als allgemeine Verfahrensgarantie sowohl für Gerichts- aber auch für Verwaltungsverfahren ist der Anspruch auf ein gerechtes Verfahren in Art. 29 Abs. 1 BV verankert. Abs. 2 garantiert zudem explizit ein Recht auf rechtliches Gehör. Die verfassungsmässigen Verfahrensrechte werden als Minimalgarantien erachtet, welche zusätzlich durch die Verfahrensgesetze konkretisiert werden.⁵⁶³ Ein Replikrecht, welches bei den Verurteilungen durch den EGMR jeweils beanstandet wurde, wird zwar nicht explizit garantiert, gilt aber als ein Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör.⁵⁶⁴ Bis vor Kurzem verneinte das Bundesgericht allerdings eine generelle Pflicht zur Einräumung eines Replikrechts. Eine Vernehmlassung musste vielmehr nur dann den Verfahrensbeteiligten zugestellt werden, wenn neue und erhebliche Gesichtspunkte geltend gemacht wurden, zu denen die Beteiligten sich noch nicht hatten äussern können.⁵⁶⁵ Vor dem EGMR betonte die Schweiz denn auch u.a., die Verweigerung des Replikrechts hätte auf das Verfahren keinen Einfluss gehabt.⁵⁶⁶ Zwei nicht publizierte Urteile ausgenommen, folgte eine eingehende Auseinandersetzung mit den gegen die Schweiz ergangenen Urteilen erst 2005 in BGE 132 I 42 und im Jahr 2007 in BGE 133 I 98 sowie BGE 133 I 100. Dabei anerkannte das Bundesgericht schliesslich, dass Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Abs. 1 EMRK im Hinblick auf das Replikrecht in gerichtlichen Verfahren die gleiche Tragweite zukommen müsse und gab damit seine frühere Praxis auf.⁵⁶⁷ Seither bestätigt das Bundesgericht den Anspruch der Verfahrensbeteiligten auf Zustellung von Vernehmlassungen unabhängig davon, ob diese Eingabe neue und erhebliche Gesichtspunkte enthalten.⁵⁶⁸ Obschon seit dieser Praxisänderung noch die Urteile in den Rechtssachen *Ellès*, *Schallert-Bossert* und *Werz* gegen die Schweiz ergangen sind, spielte sich der in diesen Fällen zugrunde liegende Sachverhalt noch unter der früheren Praxis des Bundesgerichts ab. Verschiedentlich wurde die Praxisänderung des Bundesgerichts bereits durch kantonale Gerichte berücksichtigt.⁵⁶⁹

3.4.3. Handlungsbedarf

Ähnlich wie beim Zugang zum Verfahren illustrieren die Verurteilungen wegen Nichtgewährung des Replikrechts nicht ein strukturelles Problem in der schweizerischen Gesetzgebung, sondern sie zeigen eine mangelhafte Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR in der Rechtsanwendung durch das Bundesgericht. Es stellt sich jedoch auch hier die Frage, wie die Umsetzung gewährleistet werden kann, wenn die erforderliche Rechtsprechungsänderung nicht erfolgt bzw. wie sichergestellt werden kann, dass Anpassungen auch auf kantonaler Ebene erfolgen.

⁵⁶³ GEROLD STEINMANN, Kommentar zu Art. 29 BV, in: Die schweizerische Bundesverfassung, BERNHARD EHRENZELLER ET AL. (HRSG.), BV-Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2008, Rz. 7.

⁵⁶⁴ BGE 137 I 195, S. 197.

⁵⁶⁵ BGE 133 I 100, S. 102.

⁵⁶⁶ EGMR, *Spang v. Switzerland*, 45228/99 (2005), Ziff. 21; EGMR, *Nideröst-Huber v. Switzerland*, 18990/91 (1997), Ziff. 20.

⁵⁶⁷ BGE 133 I 98, S. 99.

⁵⁶⁸ BGE 137 I 195, S. 197. Das Bundesgericht liess allerdings offen, ob ein solcher Anspruch gestützt auf Art. 29 Abs. 2 BV nicht nur bei gerichtlichen sondern auch bei Verwaltungsverfahren besteht (BGE 133 I 99, S. 99).

⁵⁶⁹ Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 14. Jan. 2011, VB.2010.00608, E. 3.3.2.; Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern vom 4. Aug. 2009, 11 09 91, E. 3.1.; Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 27. April 2009, AGE VD 2008/725, E. 3.2.; anders allerdings zum Recht auf Duplik: Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Graubünden vom 19. Juni 2009, ZK2 09 19, E. 3b.

3.5. Verfahrensgarantien bei Freiheitsentzug

3.5.1. Recht auf Benachrichtigung der Angehörigen inhaftierter Personen

a. Empfehlungen

Mängel stellten der CPT und in früheren Staatenberichtsverfahren auch der Menschenrechtsausschuss⁵⁷⁰ sowie der Ausschuss gegen die Folter⁵⁷¹ hinsichtlich des Rechts inhaftierter Personen auf Kontakt mit Angehörigen fest. Der Menschenrechtsausschuss kritisierte insbesondere verschiedene damals noch geltende kantonale Strafprozessordnungen, die eine incommunicado Haft als zulässig erachteten.⁵⁷² Der CPT wiederum stellte anlässlich seines Besuches 2007 fest, in gewissen Polizeidienststellen würde die Benachrichtigung der Angehörigen durch die Behörden quasi systematisch mit dem Verweis auf die Kollusionsgefahr hinausgezögert.⁵⁷³ Deshalb verlangte er in seinen Empfehlungen eine Bestätigung dafür, dass allen Personen, denen die Freiheit entzogen wird, unmittelbar ab dem Beginn der Freiheitsentziehung das Recht zusteht, ihre Angehörigen zu benachrichtigen.⁵⁷⁴ Zwar nahm der CPT Kenntnis, dass die eidgenössische Strafprozessordnung nun in Art. 214 Abs. 1 StPO die Pflicht der Behörden verankert, bei vorläufigen Festnahmen bzw. Anordnung der Untersuchungs- oder Sicherheitshaft die Angehörigen, und auf Wunsch den Arbeitgeber oder eine zuständige Vertretung zu benachrichtigen. Davon kann allerdings gemäss Art. 214 Abs. 2 StPO im Interesse des Untersuchungszwecks (oder auf Wunsch der betroffenen Person) abgesehen werden. Aus Sicht des CPT sind für diese Ausnahme in der Ausführungsgesetzgebung zur StPO angemessene Grenzen festzulegen. So schlug der Ausschuss beispielsweise vor, die Verzögerung und den entsprechenden Grund festzuhalten oder die Zustimmung eines höheren Polizeibeamten zu verlangen, der nicht in den Fall involviert ist. Insbesondere dürfe jedoch ein Aufschub der Benachrichtigung aus Untersuchungsgründen nicht länger als 48 Stunden dauern.⁵⁷⁵

b. Situation in der Schweiz

Das Recht bei Freiheitsentzug die nächsten Verwandten zu informieren, wurde mit der neuen Bundesverfassung in Art. 31 Abs. 2 BV verankert und gilt für alle Formen des Freiheitsentzuges. Eine incommunicado Haft, wie damals noch vom Menschenrechtsausschuss kritisiert, sieht die neue StPO nicht vor. Vielmehr garantieren u.a. das Recht auf Beizug einer Verteidigung nach erfolgter Festnahme (Art. 158 und Art. 159 StPO), der Anspruch auf freien und ohne inhaltliche Kontrolle stattfindenden Kontakt mit der Verteidigung (Art. 235 Abs. 4 StPO) sowie die Pflicht der Behörden zur Benachrichtigung der Angehörigen (Art. 214 Abs. 1 StPO), dass festgenommenen oder inhaftierten Personen Aussenkontakt möglich ist.

Art. 31 Abs. 2 BV äussert sich hingegen nicht zum Zeitpunkt des Anspruches auf Benachrichtigung der Angehörigen. In seiner Antwort auf die Empfehlungen des CPT bestätigte der Bundesrat jedoch, allen Personen würde ab der vorläufigen Festnahme das Recht zustehen, ihre Angehörigen zu informieren und die Polizei habe diesem Recht Rechnung zu tragen.⁵⁷⁶ Die in Art. 214 Abs. 1 StPO statuierte Benachrichtigungspflicht der Behörden sieht denn auch eine umgehende Benachrichtigung der Angehörigen bei der vorläufigen Festnahme bzw. Anordnung von Untersuchungs- oder Sicherheitshaft vor. Dies gilt allerdings nicht für die Anhaltung gemäss Art. 215 StPO, welche – bei Mitnahme auf eine

⁵⁷⁰ MRA, Concluding Observations Switzerland 2001, Ziff. 12.

⁵⁷¹ CAT, Concluding Observations Switzerland 1997, Ziff. 95.

⁵⁷² MRA, Concluding Observations Switzerland 2001, Ziff. 14. Dies war damals noch im Kanton Waadt, Genf und Wallis der Fall siehe MRA, Second Periodic Report Switzerland 1998, Ziff. 273 sowie MRA, Third Periodic Report Switzerland 2007, Ziff. 406.

⁵⁷³ CPT/Inf (2008) 33, Ziff. 47.

⁵⁷⁴ Ibid.

⁵⁷⁵ Ibid.

⁵⁷⁶ CPT/Inf (2008) 34, Ziff. 47.

Polizeidienststelle – ebenfalls eine freiheitsbeschränkende Massnahme darstellt. Da die StPO für die Anhaltung somit keine Benachrichtigungspflicht vorsieht, wird auch die Meinung vertreten, dass auch die Benachrichtigungspflicht gemäss Art. 214 Abs. 1 StPO erst nach einer gewissen Minimalfrist des Freiheitsentzuges von etwa zwei oder drei Stunden entsteht.⁵⁷⁷ Ein Recht auf Benachrichtigung der Angehörigen bei Anhaltungen bzw. im frühestmöglichen Zeitpunkt einer Freiheitsentziehung sehen jedoch vereinzelt kantonale Polizeigesetze vor.⁵⁷⁸

Der Bundesrat sieht keine Notwendigkeit für detaillierte Regelungen zu den Ausnahmen von der Benachrichtigungspflicht der Behörden und lehnte die dazu ergangenen Vorschläge des CPT ab (Protokollierungspflicht, Zustimmung durch höhere/r Beamten/Beamtin, Benachrichtigung der Angehörigen spätestens innert 48 Stunden) ab.⁵⁷⁹ So verwies er in seiner Antwort an den CPT einerseits darauf, es bestehe mit Art. 76 Abs. 1 StPO eine Protokollierungspflicht für sämtliche Verfahrenshandlungen, die nicht schriftlich durchgeführt würden, womit im Protokoll gegebenenfalls festgehalten werde, dass die Angehörigen nicht benachrichtigt würden.⁵⁸⁰ Zudem sei eine Zustimmung durch eine/n höhere/n Beamten/Beamtin nicht notwendig, zumal eine Person, die von der Polizei nicht aus der Haft entlassen werde, ohnehin spätestens 24 Stunden nach Beginn der Freiheitsentziehung der Staatsanwaltschaft vorzuführen sei. Die Staatsanwaltschaft habe dann erneut zu prüfen, ob weiterhin Anlass bestehe, die Angehörigen von der Freiheitsentziehung nicht zu benachrichtigen. Eine Höchstdauer von 48 Stunden für den Aufschub der Benachrichtigung sei zudem nicht angemessen, es dränge sich vielmehr eine Beurteilung im Einzelfall auf.⁵⁸¹

c. Handlungsbedarf

Die Gewährleistung des Rechts auf Benachrichtigung der Angehörigen ist auf Verfassungs- und Gesetzesebene erfolgt. Auch wenn die festgestellten Mängel daher primär eine Frage der faktischen Einhaltung dieser Bestimmung darstellen dürften, könnte eine nähere Präzisierung der Ausnahmebestimmung von Art. 214 Abs. 2 StPO durchaus zur besseren Umsetzung beitragen. Der Begriff „Untersuchungszweck“, der eine Aufschiebung der Benachrichtigung rechtfertigt, erscheint insofern durchaus als eine weitgehende Formulierung, die zu wenig präzise darauf hinweist, dass ein Aufschub der Benachrichtigung die Annahme einer konkreten Kollusionsgefahr voraussetzt.

Eine gesetzlich vorgesehene Pflicht, nach einer bestimmten Dauer des Benachrichtigungsaufschubes die Voraussetzungen für die Ausnahme nach Art. 214 Abs. 2 StPO zu überprüfen, würde zudem der vom Bundesrat in den Vordergrund gestellten Beurteilung im Einzelfall Rechnung tragen, als auch gewährleisten, dass die Benachrichtigung nachgeholt wird, sobald die Voraussetzungen für die Ausnahme nicht mehr erfüllt sind.

Schliesslich wäre allenfalls auch für eine Anhaltung, die über zwei bis drei Stunden hinausgeht und damit in gleicher Weise die Betroffenen in ihrer persönlichen Bewegungsfreiheit beschränkt wie eine vorläufige Festnahme, eine gesetzliche Benachrichtigungspflicht zu prüfen, wie dies in vereinzelt kantonale Polizeigesetzen bereits vorgesehen ist.

⁵⁷⁷ ULRICH WEDER, Kommentar zu Art. 214 StPO, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), Zürich/Basel/Genf 2010, Rz. 10.

⁵⁷⁸ BE, Art. 33, Polizeigesetz vom 8. Juni 1997 (BSG 551.1); FR, Art. 32 Abs. 4, Gesetz über die Kantonspolizei vom 15. Nov. 1990 (SGF 551.1); NW, Art. 66 Abs. 2, Gesetz vom 26. April 1987 über das Polizeiwesen (SG 911.1); ZG, § 13 Abs. 1, Polizeigesetz vom 30. Nov. 2006 (BGS 512.1).

⁵⁷⁹ CPT/Inf (2008) 34, Ziff. 47.

⁵⁸⁰ Ibid.

⁵⁸¹ Ibid.

3.5.2. Pflicht zur Orientierung über die Inhaftierten zustehenden Rechte

a. Empfehlungen

Bei den Rechten inhaftierter Personen beurteilte der CPT zudem als problematisch, dass Personen nicht unmittelbar ab dem Zeitpunkt des Freiheitsentzuges über ihre Rechte informiert werden. Der CPT betonte, sämtliche Personen seien von Beginn des Freiheitsentzuges (d.h. ab Gewahrsamsnahme durch die Polizei) vollständig über ihre Rechte zu informieren. Dabei stellte der CPT fest, die StPO sehe keine Orientierungspflicht für angehaltene Personen vor. Gemäss Empfehlung des Ausschusses sollte eine Orientierung in einer ersten Phase mündlich erfolgen und sobald entsprechende Möglichkeiten bestehen durch eine Informationsbroschüre ergänzt werden. Ausserdem sollten die betroffenen Personen aufgefordert werden, eine Erklärung zu unterzeichnen, mit der sie bestätigen, in einer ihr verständlichen Sprache über ihre Rechte in Kenntnis gesetzt worden zu sein.⁵⁸²

b. Situation in der Schweiz

Art. 31 Abs. 2 BV garantiert jeder Person, der die Freiheit entzogen wird, das Recht unverzüglich und in einer ihr verständlichen Sprache über die Gründe des Freiheitsentzuges und über ihre Rechte unterrichtet zu werden. Sie muss zudem die Möglichkeit haben, ihre Rechte geltend zu machen. Konkretisiert wird diese Orientierungspflicht auf Gesetzesebene in Art. 158 Abs. 1 und Art. 219 Abs. 1 StPO, wonach die Behörden gegenüber beschuldigten Personen verpflichtet werden, diese in einer ihr verständlichen Sprache über die Gründe der Festnahme und ihre Rechte (d.h. Aussageverweigerungsrecht, Recht auf Beizug einer Verteidigung bzw. auf Beizug eines/einer Übersetzer/in) zu informieren. Dabei wird ausdrücklich im Falle der Festnahme durch die Polizei die unverzügliche Information vorgeschrieben (Art. 219 Abs. 1 StPO). Art. 158 Abs. 1 StPO gewährleistet überdies die Information zu Beginn der ersten Einvernahme. Einvernahmen durch die Polizei oder die Staatsanwaltschaft ohne diese Hinweise sind von Gesetzes wegen nicht verwertbar (Art. 158 Abs. 2 StPO). Die Orientierung muss bei der Einvernahme protokolliert und von der betroffenen Person unterzeichnet werden (Art. 77 lit. d StPO i.V.m. Art. 78 Abs. 5 StPO). In seiner Antwort auf die Empfehlungen des Ausschusses verwies der Bundesrat auf diese gesetzliche Regelung und sah vor diesem Hintergrund keine Notwendigkeit für weitergehende gesetzliche Vorschriften hinsichtlich der Form der Mitteilung. Er riet jedoch entsprechend den Empfehlungen des CPT, vorläufig festgenommenen Personen ein Formular unterzeichnen zu lassen, mit welchem sie bestätigen, in einer ihnen verständlichen Sprache über ihre Rechte informiert worden zu sein.⁵⁸³

Anders beurteilt sich die Situation allerdings für angehaltene und auf die Polizeidienststelle verbrachte Personen, bei denen die StPO – wie vom CPT festgehalten – keine explizite Orientierungspflicht vorsieht. Der Bundesrat sieht diese Unterscheidung jedoch als gerechtfertigt an, zumal angehaltene Personen noch keiner konkreten strafbaren Handlung verdächtigt würden und ihnen damit nicht die gleichen Rechte wie Beschuldigten zustünden.⁵⁸⁴ Er betonte jedoch, auch eine angehaltene Person müsste zumindest entsprechend dem Ablauf der polizeilichen Anhaltung in einer ihr verständlichen Sprache möglichst rasch über die Gründe der polizeilichen Anhaltung informiert werden. Nicht erforderlich sei jedoch eine bestimmte Form der Information.⁵⁸⁵ Spätestens bei der Einvernahme sind jedoch auch angehaltene Personen gestützt auf Art. 181 Abs. 1 StPO auf ihr Aussage- und Zeugnisverweigerungsrecht aufmerksam zu machen. Verschiedene kantonale Polizeigesetze sehen allerdings formell verankerte Orientierungspflichten vor: So besteht die Pflicht zur unverzüglichen Information über die Gründe der Mitnahme auf eine Polizeidienststelle in den Kantonen Bern⁵⁸⁶ und Basel-

⁵⁸² CPT/Inf (2008) 33, Ziff. 50.

⁵⁸³ CPT/Inf (2008) 34, Ziff. 50.

⁵⁸⁴ Ibid.

⁵⁸⁵ Ibid.

⁵⁸⁶ BE, Art. 33, Polizeigesetz des Kantons Bern vom 8. Juni 1997 (BSG 551.1).

Landschaft⁵⁸⁷. In Appenzell I.Rh.⁵⁸⁸ und Zug⁵⁸⁹ müssen angehaltene Personen zusätzlich auch über ihre Rechte informiert werden. In vier weiteren Kantonen⁵⁹⁰ wird die Polizei zumindest verpflichtet, so bald als möglich über die Gründe einer solchen Massnahme zu unterrichten. Über die Form der Information finden sich auf kantonaler Ebene jedoch ebenfalls keine gesetzlichen Vorschriften, und nur im Kanton Zug wird auf Gesetzesebene verankert, dass die Informationspflicht in einer der Person verständlichen Sprache zu erfolgen hat.⁵⁹¹

c. Handlungsbedarf

Für beschuldigte Personen ist die Pflicht zur Information über die ihnen zustehenden Rechte bei der Festnahme, bzw. vor Beginn der Einvernahme, somit ausdrücklich vorgesehen. Während der Bundesrat für diese Fälle auch die Abgabe und Unterzeichnung eines Orientierungsformulars begrüsst, wird die Notwendigkeit einer Orientierung bei angehaltenen Personen auf die Gründe der Mitnahme beschränkt und eine gesetzliche Verpflichtung nicht als erforderlich erachtet. Wie bereits beim Recht auf Information der Angehörigen zeigt sich, dass die Schweiz die Auffassung vertritt, angehaltene Personen bedürften keines besonderen Rechtsschutzes. Der CPT hingegen geht nicht von einer solchen Trennung zwischen beschuldigten und angehaltenen Personen aus (dazu auch hinten betreffend des Rechts auf Verteidigung von Beginn der Freiheitsentziehung bzw. –beschränkung an). Obschon vereinzelte Kantone weitergehende Bestimmungen vorsehen, besteht weder eine schweizweit einheitliche noch eine genügend klare Regelung, die den Anforderungen des CPT hinreichend Rechnung tragen würde. Es wäre daher zu prüfen, welche Anforderungen an den Rechtsschutz auch bei Anhaltungen bestehen und wie diese schweizweit umgesetzt werden könnten.

3.5.3. Recht auf Verteidigung

a. Empfehlungen

Ferner durch die eidgenössische Strafprozessordnung als nicht erfüllt erachtete der CPT seine bisherige Forderung, auf Gesetzesebene allen Personen unmittelbar ab dem Beginn der Freiheitsentziehung das Recht auf Beizug einer Verteidigung – einschliesslich das Recht auf Unterredung zwischen der inhaftierten Person und der Verteidigung ohne Zeugen – zu garantieren.⁵⁹² Die Regelung in Art. 159 Abs. 1 StPO, die eine Verteidigung bei der ersten polizeilichen Einvernahme garantiert, erachtet der CPT als ungenügend, denn angehaltene (aber noch nicht verhaftete) Personen würden so vom Recht auf eine Verteidigung ausgeschlossen. Das Risiko von Misshandlungen und Einschüchterungen sei aber unmittelbar nach dem Freiheitsentzug gross, weshalb sich der CPT über die geltende Regelung besorgt zeigte.⁵⁹³ Das Recht auf eine Verteidigung von Beginn des Freiheitsentzuges – so betont der CPT – sei auch gegenüber Minderjährigen zu gewährleisten.⁵⁹⁴

⁵⁸⁷ BL, § 21 Abs. 4, Polizeigesetz vom 28. Nov. 1996 (SGS 700).

⁵⁸⁸ AI, Art. 10 Abs. 4, Polizeigesetz vom 29. April 2001 (GS 550.000).

⁵⁸⁹ ZG, § 13 Abs. 1, Polizeigesetz vom 30. Nov. 2006 (BGS 512.1).

⁵⁹⁰ NW, Art. 66 Abs. 1, Gesetz über das Polizeiwesen vom 26. April 1987 (SG 911.1); OW, Art. 13 Abs. 4, Polizeigesetz vom 11. März 2010 (GDB 510.1); SZ, § 9 Abs. 4, Verordnung über die Kantonspolizei vom 22. März 2000 (GS 520.110); UR, Art. 13 Abs. 4, Polizeigesetz vom 30. Nov. 2008 (RB 3.811).

⁵⁹¹ ZG, § 13 Abs. 1, Polizeigesetz vom 30. Nov. 2006 (BGS 512.1).

⁵⁹² CPT/Inf (2008) 33, Ziff. 48.

⁵⁹³ Ibid.

⁵⁹⁴ Ibid., Ziff. 52. Zudem fordert der CPT auf, die Behörden seien zu verpflichten im Falle von Minderjährigen unmittelbar nach der Freiheitsentziehung erwachsene Angehörige oder eine Vertrauensperson zu benachrichtigen, ohne deren Unterstützung sollen Jugendliche auch keine Erklärung zur Straftat abgeben (Ziff. 52). Auf Fragen im Zusammenhang mit den Rechten von Minderjährigen im Strafverfahren wird in dieser Studie jedoch nicht näher eingegangen.

b. Situation in der Schweiz

Der Bundesrat lehnte die Forderung des CPT unmittelbar ab Beginn der Freiheitsentziehung – und somit bereits im Stadium der polizeilichen Anhaltung – ein Recht auf Beizug einer Verteidigung zu gewährleisten ab. Dies mit der Begründung, die Notwendigkeit einer Verteidigung bestehe erst, wenn die betreffende Person konkret einer Straftat verdächtigt werde, was im Zeitpunkt der Anhaltung noch nicht der Fall sei.⁵⁹⁵ Ausserdem geht der Bundesrat davon aus, die Anhaltung mit Verbringung auf eine Polizeidienststelle würde insgesamt deutlich weniger als drei Stunden dauern.⁵⁹⁶ Eine stundenmässig fixierte Begrenzung der Dauer der Anhaltung ist indessen gesetzlich nicht vorgesehen bzw. ergeben sich nur aus den Bestimmungen zur vorläufigen Festnahme.

Während somit eine angehaltene Person keinen Anspruch auf Beizug einer Verteidigung hat, sieht das Gesetz ein solches Recht für beschuldigte Personen ab der polizeilichen Einvernahme (Art. 159 Abs. 1 StPO) vor, worauf die betroffene Person gemäss Art. 158 Abs. 1 lit. c StPO aufmerksam gemacht werden muss.⁵⁹⁷ Die StPO gewährt allerdings keinen Anspruch auf Verschiebung der Einvernahme bei Geltendmachung dieses Rechts (Art. 159 Abs. 3 StPO). Ausser im Kanton Zürich enthalten die kantonalen Polizeigesetze ebenfalls keine näheren Bestimmungen zum Recht auf eine Verteidigung. Die Regelung im Kanton Zürich dagegen sieht vor, dass ab Gewahrsamsnahme Gelegenheit zum Bestellen einer Anwältin oder eines Anwalts zugegen ist. Allerdings steht dieses Recht unter dem Vorbehalt, dass dadurch der Zweck des polizeilichen Gewahrsams nicht gefährdet wird.⁵⁹⁸

c. Handlungsbedarf

Wie bereits in den Ausführungen zur Orientierungspflicht zeigt sich auch in diesem Bereich, dass aus Sicht des CPT der gesetzliche Rechtsschutz noch nicht genügend gewährleistet ist. Dabei steht im Vordergrund der Kritik wiederum die gesetzliche Unterscheidung zwischen angehaltenen und verhafteten Personen. Allerdings wird selbst bei verhafteten Personen das Recht auf Verteidigung nicht unmittelbar ab Gewahrsamsnahme, sondern erst vor der ersten Einvernahme gewährt. Auch in diesem Punkt dürften die Anforderungen des CPT somit nicht erfüllt sein. Eine Überprüfung der gesetzlichen Grundlagen würde sich somit aufdrängen.

Fragen wirft zudem auch die Regelung auf, dass die Geltendmachung des Rechts auf Verteidigung keine Aufschiebung der Einvernahme zur Folge hat (Art. 159 Abs. 3 StPO). In der Botschaft betont der Bundesrat, dass die polizeiliche Einvernahme einer vorläufig festgenommen Person rasch zu erfolgen habe, Verschiebungsgesuche könnten demgegenüber bewirken, dass die vorgesehene Höchstdauer für die vorläufige Festnahme (24 Stunden) verstreiche.⁵⁹⁹ Der CPT hat diese Frage nicht weiter geprüft. Es wird jedoch in der Lehre stark bezweifelt, dass eine wortgetreue Handhabung von Art. 159 Abs. 3 StPO im Einklang mit der Rechtsprechung des EGMR steht, verlangt dieser doch für eine Einschränkung des Anspruches auf Anwesenheit der Verteidigung zwingende Gründe.⁶⁰⁰

⁵⁹⁵ CPT/Inf (2008) 34, Ziff. 48. Wird bei der polizeilichen Anhaltung eine Person auf den Polizeiposten gebracht, besteht der Unterschied zwischen der Anhaltung und vorläufiger Festnahme lediglich darin, dass sich die Festnahme ausschliesslich gegen Personen richtet, gegen die ein konkreter Tatverdacht besteht, während bei der Anhaltung erst noch abzuklären bleibt, ob überhaupt ein Tatverdacht vorliegt, RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, Rz. 1593.

⁵⁹⁶ CPT/Inf (2008) 34, Ziff. 48.

⁵⁹⁷ Es handelt sich hierbei um eine wesentliche Neuerung im Strafprozessrecht, kannten die früher geltenden Strafprozessordnungen regelmässig keine entsprechende Regelung und verneinte das Bundesgericht in konstanter Praxis einen verfassungsmässigen Anspruch auf Beizug einer Verteidigung für die polizeiliche Einvernahme. Vgl. RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, Rz. 1185 (mit Hinweisen). Für die Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft findet sich keine gleichlautende Norm, ein entsprechendes Recht wird jedoch aus Art. 147 Abs. 2 StPO abgeleitet.

⁵⁹⁸ ZH, § 26 Abs. 2, Polizeigesetz vom 23. April 2007 des Kantons Zürich (LS 550.1).

⁵⁹⁹ BBl 2005 1085, S. 1195.

⁶⁰⁰ Vgl. RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, S. 191 f.

4. Fazit

Eine Konstante der Empfehlungen des WSK-Ausschusses stellt die Kritik an der *fehlenden direkten Anwendbarkeit* vor allem der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte des Paktes I in der Schweiz und damit an der Geringschätzung dieser Garantien insgesamt dar. Da unter gegenseitiger Bezugnahme Bundesrat und Bundesgericht strikt auf ihrer kritisierten Position beharren, scheint eine Lösung dieses Konflikts vollständig blockiert. Dabei geht vergessen, dass die normative Lage sich in der Schweiz weit differenzierter präsentiert, als dieses auch in den Staatenberichten der Schweiz gezeichnete Schwarz-Weiss-Bild vermuten lässt. So verankert nicht nur die Bundesverfassung zahlreiche Bereiche der Pakt-I-Garantien als subjektive Rechte, sondern bereits ein oberflächlicher Blick auf die hier besonders relevanten kantonalen Rechtsgrundlagen illustriert, dass viele Ansprüche aus dem Pakt I zumindest über den Umweg des Landesrechts von Individuen gerichtlich durchgesetzt werden können. Wird diese Ist-Situation den internationalen Vorgaben gegenübergestellt, sind zwar weiterhin Defizite zu konstatieren, diese präsentieren sich indes weit weniger gewichtig als auf den ersten Blick angenommen.

Im eigentlichen Bereich der *Verfahrens- und Justizgarantien* zeigen insbesondere zahlreiche gegen die Schweiz gerichtete Urteile des EGMR Defizite im Bereich des *Grundsatzes der Waffengleichheit*. Grundsatzurteile des Bundesgerichts haben diese Lücken bis heute aber zumindest teilweise auszugleichen vermocht. Bei den *Verfahrensgarantien bei Freiheitsentzug* erscheint ein definitives Fazit infolge noch fehlender Praxis zur neuen StPO schwieriger. Problembereiche lassen sich aber trotzdem namentlich beim Rechtsschutz bei polizeilichen Anhaltungen konstatieren.

Anhang: Materialienverzeichnis

Wirtschafts- und Sozialrat der Vereinten Nationen, ECOSOC

Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, Adopted by the First United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, held at Geneva in 1955, and approved by the Economic and Social Council by its resolutions 663 C (XXIV) of 31 July 1957 and 2076 (LXII) of 13 May 1977, zit.: **ECOSOC, UN SMR**.

Menschenrechtsrat, HRC

Universal Periodic Review, Report of the Working Group on the Universal Periodic Review, Switzerland, A/HRC/8/41, 28. Mai 2008, zit.: **UPR Switzerland 2008**.

Universal Periodic Review, Report of the Working Group on the Universal Periodic Review, Switzerland, Addendum, Responses to the recommendations within the framework of the universal periodic review, A/HRC/8/41/Add.1, 25. Aug. 2008, zit.: **UPR Switzerland 2008 Add. 1**.

Implementation of General Assembly Resolution 60/251 of 15 March 2006 Entitled "Human Rights Council", Report by Mr. Doudou Diène, Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance, Addendum, Mission to Switzerland, A/HRC/4/19/Add.2, 30. Jan. 2007, zit.: **Special Rapporteur, Racism 2007**.

Implementation of General Assembly Resolution 60/251 of 15 March 2006 Entitled "Human Rights Council", Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, Martin Scheinin, A/HRC/4/26, 29. Jan. 2007, zit.: **Special Rapporteur, Counter-Terrorism 2007**.

Menschenrechtsausschuss, MRA

Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 40 of the Covenant, Concluding observations of the Human Rights Committee, Switzerland, CCPR/C/CHE/CO/3, 3. Nov. 2009, zit.: **MRA, Concluding Observations Switzerland 2009**.

State Party Report Switzerland, Third Periodic Report, CCPR/C/CHE/3, 17. Dez. 2007, zit.: **MRA, Third Periodic Report Switzerland 2007**.

General Comment No. 31, The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26. Mai 2004, zit.: **MRA, General Comment No. 31 (2004)**.

Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 40 of the Covenant, Concluding observations of the Human Rights Committee, Switzerland, CCPR/CO/73/CH, 12. Nov. 2001, zit.: **MRA, Concluding Observations Switzerland 2001**.

State Party Report Switzerland, Second Periodic Report, CCPR/C/CH/98/2., 6. Sept. 1999, zit.: **MRA, Second Periodic Report Switzerland 1998**.

Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 40 of the Covenant, Concluding observations of the Human Rights Committee, Switzerland, CCPR/C/79/Add.70, 8. Nov. 1996, zit.: **MRA, Concluding Observations Switzerland 1996**.

Ausschuss gegen die Folter, CAT

Consideration of reports submitted by States parties under article 19 of the Convention, Responses by Switzerland to the concluding observations of the Committee against Torture (CAT/C/CHE/CO/6), Switzerland, CAT/C/CHE/CO/6/Add.1, 2. Sept. 2011, zit.: **CAT, Responses Switzerland 2011**.

Consideration of reports submitted by States parties under article 19 of the Convention, Concluding observations of the Committee against Torture, Switzerland, CAT/C/CHE/CO/6, 25. Mai 2010, zit.: **CAT, Concluding Observations Switzerland 2010**.

General Comment No. 2, Implementation of article 2 by States parties, CAT/C/GC/2, 24. Jan. 2008, zit.: **CAT, General Comment No. 2 (2008)**.

Consideration of reports submitted by States parties under article 19 of the Convention, Conclusions and recommendations of the Committee against Torture, Switzerland, CAT/C/CR/34/CHE, 21. Juni 2005, zit.: **CAT, Concluding Observations Switzerland 2005**.

Concluding observations of the Committee against Torture, Switzerland, A/53/44, paras.80-100, 27. Nov. 1997, zit.: **CAT, Concluding Observations Switzerland 1997**.

Ausschuss gegen die Diskriminierung der Frau, CEDAW

General recommendation No. 28 on the core obligations of States parties under article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 16. Dez. 2010, zit.: **CEDAW, General Recommendation No. 28 (2010)**.

Concluding observations of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women: Switzerland, CEDAW/C/CHE/CO/3, 7. Aug. 2009, zit.: **CEDAW, Concluding Observations Switzerland 2009**.

Concluding observations of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women: Switzerland, A/58/38, 14. und 17. Jan. 2003, zit.: **CEDAW, Concluding Observations Switzerland 2003**.

Ausschuss gegen die Rassendiskriminierung, CERD

Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 9 of the Convention, Concluding observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Switzerland, CERD/C/CHE/CO/6, 21. Aug. 2008, zit.: **CERD, Concluding Observations Switzerland 2008**.

Stellungnahme der EKR an den CERD anlässlich der Berichterstattung der Schweiz in ihrem Vierten, Fünften und Sechsten Länderbericht gegenüber dem CERD, 8. – 11. Aug. 2008.

Questions by the Rapporteur in Connection with the Consideration of the Fourth to Sixth Periodic Reports of Switzerland, CERD/C/CHE/6, 2008, zit.: **CERD, List of issues 2008**.

General recommendation XXXI on the prevention of racial discrimination in the administration and functioning of the criminal justice system, from A/60/18, pp. 98-108, 2005, zit.: **CERD, General Recommendation No. 31 (2005)**.

General Recommendation No. 15 on organized violence based on ethnic origin (Art. 4), 23. März 1993, zit.: **CERD, General Recommendation No. 15 (1993)**.

Ausschuss für WSK-Rechte, CESCR

Coalition Suisse Romande sur les droit économiques, sociaux et culturels, Ligne directrice pour la mise en œuvre des recommandations des experts du Comité des Droit Economiques, Sociaux et Culturels des Nations Unies, Sept. 2011, zit.: **Coalition Suisse Romande**.

Concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Switzerland, E/C.12/CHE/CO/2-3, 26. Nov. 2010, zit.: **Ausschuss für WSK-Rechte, Concluding Observations Switzerland 2010**.

Réponses de la Suisse à la liste des points à traiter à l'occasion de l'examen des deuxième et troisième rapports périodiques de la Suisse, E/C.12/CHE/Q/2-3/Add.1, 26. Nov. 2010, zit.: **Ausschuss für WSK-Rechte, Réponses Suisse 2010**.

Summary record of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights of the 37th meeting, E/C.12/2010/SR.37, 16. Nov. 2010, zit.: **Ausschuss für WSK-Rechte, Summary Record 2010**.

NGO-Report on the second and third periodic report of Switzerland concerning the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Sept. 2010, zit.: **NGO Report on second and third periodic report 2010**.

Liste des points à traiter à l'occasion de l'examen des deuxième et troisième rapports périodiques de la Suisse, E/C.12/CHE/2-3, 4. Dez. 2009, zit.: **Ausschuss für WSK-Rechte, List of issues 2009**.

Position Paper of the Swiss Federal Commission against Racism (FCR) to the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights in respect of the meeting of the pre-sessional working group of the CESCR on Switzerland's Second and Third State Report, November 2009, 2. Nov. 2009, zit.: **Position Paper FCR**.

Zweiter und dritter Bericht der Schweiz über die Umsetzung des Internationalen Paktes über die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte (UNO-Pakt I), April 2008, zit.: **Ausschuss für WSK-Rechte, Staatenbericht Schweiz 2008**.

Report of the open-ended working group to consider options regarding the elaboration of an optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, E/CN.4/2005/52, 10. Feb. 2005, zit.: **Report Working Group OP CESCR**.

Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Switzerland, E/C.12/1/Add.3, 7. Dez. 1998, zit.: **Ausschuss für WSK-Rechte, Concluding Observations Switzerland 1998**.

General Comment No. 9 on the domestic application of the Covenant, E/C.12/1998/24, 3. Dez. 1998, zit.: **Ausschuss für WSK-Rechte, General Comment No. 9 (1998)**.

General Comment No. 3 on the nature of States parties obligations (Art. 2, par.1), 14. Dez. 1990, zit.: **Ausschuss für WSK-Rechte, General Comment No. 3 (1990)**.

Ausschuss für die Rechte des Kindes, CRC

General Comment No. 5 on General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child (arts. 4, 42 and 44, para. 6), 27. Nov. 2003, zit.: **CRC, General Comment No. 5 (2003)**.

Concluding observations of the Committee on the rights of the child: Switzerland, CRC/C/15/Add.182, 13. Jun. 2002, zit.: **CRC, Concluding Observations Switzerland 2002**.

Europarat

Empfehlungen des Ministerkomitees des Europarates, Europäische Strafvollzugsgrundsätze, Neufassung der Mindestgrundsätze für Behandlung der Gefangenen, Rec(2006) 2, zit.: **Europäische Strafvollzugsgrundsätze**.

Opinion of the Commissioner for Human Rights concerning Independent and Effective Determination of Complaints against the Police, CommDH(2009)4, 12. März 2009, zit.: **Commissioner for Human Rights, Opinion 2009**.

Report of Mr. Alvaro Gil-Robles, Commissioner for Human Rights, on his Visit to Switzerland, 29 November – 3 December 2004, for the attention of the Committee of Ministers and the Parliamentary Assembly, CommDH(2005)7, 8. Juni 2005, zit.: **Commissioner for Human Rights, Report 2005**.

Résolution DH (99) 128 adoptée le 19 février 1999 par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe dans l'affaire CAMENZIND c/Suisse, zit.: **Ministerkomitee, Camenzind 1999**.

Empfehlung des Ministerkomitees des Europarates, Europäische Grundsätze für die von Sanktionen und Massnahmen betroffenen jugendlichen Straftäter und Straftäterinnen, Rec(2008)11.

Empfehlung Rec(2001)10 des Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten über den Europäischen Kodex für die Polizeiethik, 19. Sept. 2001.

Empfehlung des Ministerkomitees des Europarates über die Überbelegung in den Strafanstalten sowie den übermässigen Anstieg inhaftierter Personen, R(99) 22.

Empfehlung des Ministerkomitees des Europarates über ethische und organisatorische Aspekte der gesundheitlichen Versorgung in Vollzugsanstalten, R (98) 7.

Empfehlung des Ministerkomitees des Europarates über Strafvollzugsbezogene und kriminologische Aspekte der Bekämpfung übertragbarer Krankheiten einschliesslich AIDS und damit zusammenhängender Gesundheitsprobleme im Strafvollzug, R (93) 6.

Empfehlungen des Ministerkomitees des Europarates zum Freiheitsentzug über die Weiterbildung im Strafvollzug, R(89) 12.

Empfehlung des Ministerkomitees des Europarates über die ausländischen Strafgefangenen, R(84)12.

Empfehlung des Ministerkomitees des Europarates über die Orientierung Verurteilter betreffend das Übereinkommen über die Überstellung verurteilter Personen, R(84) 11.

Empfehlungen des Ministerkomitees des Europarates zum Freiheitsentzug über den Umgang mit gefährlichen Strafgefangenen im Strafvollzug, R(82) 17.

Empfehlung des Ministerkomitees des Europarates über den Hafturlaub und andere Erleichterungen, R(82) 16.

Empfehlung des Ministerkomitees des Europarates über die Behandlung von Strafgefangenen mit langen Freiheitsstrafen, R(76) 2.

Empfehlung des Ministerkomitees des Europarates über Gefängnisarbeit, R(75) 25.

Empfehlung des Ministerkomitees des Europarates über die bedingte Entlassung, Strafaussetzung zur Bewährung und Straffälligenhilfe, R(70) 1.

Empfehlung des Ministerkomitees des Europarates über die Stellung, die Auswahl und Schulung des Führungspersonals in Strafvollzugsanstalten, R(68) 24.

Empfehlung des Ministerkomitees des Europarates zur Stellung, Rekrutierung und Ausbildung von Vollzugsbediensteten, R(66) 26.

Empfehlungen des Ministerkomitees des Europarates zum Freiheitsentzug über den kurzfristigen Strafvollzug für jugendliche Straftäter unter 21 Jahren, R(66) 25.

Empfehlungen des Ministerkomitees des Europarates zum Freiheitsentzug über die Untersuchungshaft, R(65) 11.

Europäischer Ausschuss zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe, CPT

CPT-Standards, CPT/Inf/E (2002) 1 –Rev. 2010, zit.: **CPT-Standards**.

Réponse du Conseil fédéral suisse au rapport du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) relatif à sa visite effectuée en Suisse du 24 septembre au 5 octobre 2007, zit.: **CPT/Inf (2008) 34**.

Rapport au Conseil fédéral suisse relatif à la visite effectuée en Suisse par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 24 septembre au 5 octobre 2007, 13. Nov. 2008, zit.: **CPT/Inf (2008) 33**.

Réponse du Conseil fédéral suisse au rapport du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) relatif à sa visite effectuée en Suisse du 20 au 24 octobre 2003, zit.: **CPT/Inf (2004) 39**.

Réponse du Conseil fédéral suisse au rapport du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) relatif à sa visite effectuée en Suisse du 5 au 15 février 2001, zit.: **CPT/Inf (2002) 5**.

Rapport au Conseil fédéral suisse relatif à la visite effectuée en Suisse par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 5 au 15 février 2001, CPT/Inf (2002) 4, 9 Aug. 2001, zit.: **CPT/Inf (2002) 4**.

Réponse du Conseil fédéral suisse au rapport du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) relatif à sa visite effectuée en Suisse du 11 au 23 février 1996, zit.: **CPT/Inf (97) 7**.

Prise de position du Conseil fédéral suisse au rapport du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) établi suite à sa visite effectuée en Suisse du 21 au 29 juillet 1991, zit.: **CPT/Inf (93) 4**.

Europäische Kommission gegen Rassismus und Intoleranz, ECRI

Allgemeine politische Empfehlung Nr. 11: Bekämpfung von Rassismus und Rassendiskriminierung in der Polizeiarbeit, 29. Juni 2007, zit.: **ECRI, Empfehlung Nr. 11 (2007)**.

ECRI-Bericht über die Schweiz (vierte Überwachungsperiode), Verabschiedet am 2. April 2009, Veröffentlicht am 15. Sept. 2009, zit.: **ECRI, 4. Bericht**.

Dritter Bericht über die Schweiz, angenommen am 27. Juni 2003, zit.: **ECRI, 3. Bericht**.

Agentur der Europäischen Union für Grundrechte, FRA

EU-MIDIS, Erhebung der Europäischen Union zu Minderheiten und Diskriminierung, Bericht der Reihe „Daten kurz gefasst“, Polizeikontrollen und Minderheiten, 2010, zit.: **FRA, EU-MIDIS**.

Für eine effektivere Polizeiarbeit, Diskriminierendes „Ethnic Profiling“ erkennen und vermeiden: ein Handbuch, 2010, zit.: **FRA, Handbuch**.

Bundesrat und Bundesverwaltung

Aussenpolitischer Bericht 2010 vom 10. Dez. 2010, BBl 2010 1013, zit.: **Aussenpolitischer Bericht 2010**.

Erläuternder Bericht (Entwurf) des Bundesrates vom 22. Dez. 2010 zum Übereinkommen vom 13. Dez. 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderung.

Botschaft vom 29. Nov. 2006 über die Genehmigung des Fakultativprotokolls vom 6. Okt. 1999 zum Übereinkommen vom 18. Dez. 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (OP CEDAW), BBl 2006 9787, zit.: **Botschaft OP CEDAW**.

Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dez. 2005, BBl 2006 1085, zit.: **Botschaft Strafprozessrecht**.

Botschaft zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen (NFA) vom 14. Nov. 2001, BBl 2001 2291, zit.: **Botschaft NFA**.

Botschaft vom 30. Jan. 1991 betreffend den Beitritt der Schweiz zu den beiden internationalen Menschenrechtspakten von 1966 und zu einer Änderung des Bundesrechtspflegegesetzes, BBl 1991 I 1189, zit.: **Botschaft Menschenrechtspakte**.

EJPD, BFM, Stellungnahme des Fachausschusses Rückkehr und Wegweisungsvollzug zu den Empfehlungen der Nationalen Kommission zur Verhütung von Folter vom 24. Nov. 2011, zit.: **FA R+WwV, Stellungnahme**.

EJPD, Benutzerhandbuch über die Anwendung polizeilichen Zwangs und polizeilicher Massnahmen im Bereich der Rückführungen im Ausländerrecht, an die dem Zwangsanwendungsgesetz und der Zwangsanwendungsverordnung unterstehenden Vollzugs- und Polizeibehörden, Frühjahr 2011.

Eidgenössische Kommission für Migrationsfragen, EKM

Mitreten und Mitgestalten, Strukturelle Partizipation in den Kantonen, Übersicht, erstellt auf Basis der Bestandesaufnahme „Politische Partizipationsmöglichkeiten“ des Instituts für Sozialanthropologie der Universität Bern, 2006, Dez. 2010, zit.: **EKM, Mitreden und Mitgestalten**.

Eidgenössische Kommission gegen Rassismus, EKR

Tangram 26, Bulletin der EKR, Sicherheit – Sicherheiten, Dez. 2010, zit.: **Tangram 26**.

Recht gegen rassistische Diskriminierung – Analyse und Empfehlungen, Dez. 2009, zit.: **EKR, Analyse und Empfehlungen**.

Nationale Kommission zur Verhütung von Folter, NKVF

Bericht vom 28. Sept. 2011 an das EJPD und die KKJPD betreffend die Begleitung von zwangsweisen Rückführungen auf dem Luftweg 2010/2011, zit.: **NKVF, Bericht Rückführungen Luft**.

Bericht an den Regierungsrat des Kantons St. Gallen betreffend den Besuch der NKVF im kantonalen Untersuchungsgefängnis (KUG) und im Gefängnis St. Gallen (GSG) vom 24. Mai 2011, zit.: **NKVF, Bericht St. Gallen 2011.**

Bericht an den Staatsrat des Kantons Freiburg betreffend den Besuch der NKVF im Zentralgefängnis von Freiburg vom 31. März und 1. April 2011, zit.: **NKVF, Bericht Freiburg 2011.**

Bericht an den Regierungsrat des Kantons Luzern betreffend den Besuch der NKVF in der Anstalt Grosshof vom 18. Feb. 2011, zit.: **NKVF, Bericht Grosshof 2011.**

Bericht an den Regierungsrat des Kantons Zürich betreffend den Besuch der NKVF vom 6. und 7. Dez. 2010, zit.: **NKVF, Bericht Zürich 2010.**

Bericht an den Regierungsrat des Kantons Thurgau betreffend den Besuch der NKVF in den Psychiatrischen Diensten Thurgau (Klinik Münsterlingen) vom 17. Nov. 2010, zit.: **NKVF, Bericht Münsterlingen 2010.**

Bericht an den Regierungsrat des Kantons Bern betreffend den Besuch der NKVF in den Anstalten Hindelbank vom 11. und 12. Juni 2010, zit.: **NKVF, Bericht Hindelbank 2010.**

Bericht an den Staatsrat des Kantons Wallis betreffend den Besuch der NKVF im Untersuchungsgefängnis und Polizeiposten Brig vom 28. Mai 2010, zit.: **NKVF, Bericht Brig 2010.**

Bericht an den Staatsrat des Kantons Wallis betreffend den Besuch der NKVF im LMC Granges vom 27. Mai 2010, zit.: **NKVF, Bericht Granges 2010.**

Varia

Amnesty International, Polizei, Justiz und Menschenrechte – Polizeipraxis und Menschenrechte in der Schweiz, Anliegen und Empfehlungen von Amnesty International, Bern 2007, zit.: **Amnesty International, Polizei.**

Beratungsnetz für Rassismusopfer, Humanrights.ch und EKR (Hrsg.), Rassismuvorfälle in der Beratungspraxis, Januar bis Dezember 2010, Bern, Juni 2011, zit.: **Beratungsnetz für Rassismusopfer, 2010.**

Beratungsnetz für Rassismusopfer, Humanrights.ch und EKR (Hrsg.), Rassismuvorfälle in der Beratungspraxis, Januar bis Dezember 2009, Bern, Juni 2010, zit.: **Beratungsnetz für Rassismusopfer, 2009.**

Beratungsnetz für Rassismusopfer, Humanrights.ch und EKR (Hrsg.), Rassismuvorfälle in der Beratungspraxis, Januar bis Dezember 2008, Bern, Juni 2009, zit.: **Beratungsnetz für Rassismusopfer, 2008.**

European Network Against Racism und Open Society Justice Initiative, ENAR Fact Sheet 40, Ethnisches Profiling, Okt. 2009, zit.: **ENAR, Fact Sheet 40.**

Stadt Zürich, Beauftragte in Beschwerdesachen, Ombudsfrau, Bericht 2010, Zürich, April 2011, zit.: **Ombudsstelle Stadt ZH, Bericht 2010.**